

Günter Freese

Die positive Treuepflicht

Ein Beitrag zur Konkretisierung
von Treu und Glauben

1969

~~1970~~

Die positive Treuepflicht

Ein Beitrag zur Konkretisierung
von Treu und Glauben

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die

Juristische Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Günter Freese
aus Bielefeld
1970

Erster Berichterstatter: Prof.Dr.D.Nörr

Zweiter Berichterstatter: Prof.Dr.W.Knopp

Dekan: Prof.Dr.W.Stree

Tag der mündlichen Prüfung: 18.12.1969



I n h a l t

	Seite
<u>Einleitung</u>	1
1. Kapitel: Anlaß, Gegenstand und Grenzen der Untersuchung	1
I. Anlaß	1
II. Gegenstand	3
1. Definition und wirtschaftliche Bedeutung der "positiven" Pflicht	
2. Die positive Pflicht als Leistungspflicht	
3. Die Pflicht, Aufwendungen zu erbringen	
III. Grenzen	3
1. Die Gefahr von Einzeluntersuchungen	
2. Die Einbeziehung des Arbeitsrechts	
2. Kapitel: Die Methode	8
1. Die Rechtsnatur der Treuepflicht	
2. Die Konkretisierung	
a) Die "kasuistische Methode"	
b) Die "analysierende Methode"	
c) Die Konkretisierbarkeit der Treuepflicht und des Grundsatzes von Treu und Glauben	
<u>Erster Hauptteil</u>	
3. Kapitel: Mittel der Konkretisierung	14
I. Die Etymologie	14
II. Der Vergleich mit dem schweizerischen Recht	15
1. Rechtfertigung	
2. Die Stellung der Treuepflicht im schweizerischen Recht	

III. Das Verhältnis der Treuepflicht zur Ethik	17
1. Die Lösungswege	
2. Die ethische Treue als Ausgangspunkt	
a) Die Meinung FECHNERS	
b) Die Auffassung HUECKs	
c) Ergebnis	
3. Das Recht als Ausgangspunkt	
a) Die Auffassung HUBMANNS	
b) Der Ansatz MESTMÄCKERS	
4. Zusammenfassung	
IV. Die bisherigen Definitionen der Treuepflicht	29
V. Die Treuepflicht als Synonym für "Pflicht aus Treu und Glauben	31
VI. Das Verhältnis von Treuepflicht und Fürsorgepflicht	32
4. Kapitel: Die Anlässe, eine Treuepflicht zu fordern, als Mittel der Konkretisierung	32
I. Das "Wesensargument"	32
II. Die Gemeinschaft	33
1. Der Meinungsstand	
a) In Deutschland	
b) In der Schweiz	
2. Kritik des Gemeinschaftsgedankens	
a) Der Umfang der Untersuchung	
b) Zur Ansicht von NIKISCH	
c) Die übrigen Äußerungen	
d) Ergebnis	
III. Die "personenrechtliche Gemeinschaft"	40

1. Das "die Persönlichkeit als solche ergreifende Rechtsverhältnis"	
2. Die Auffassung SIEBERTs	
3. Die Ansicht HUECKs	
4. Weitere Stellungnahmen	
IV. Der "personenrechtliche Charakter" eines Verhältnisses	46
V. Persönliche Bindungen oder Beziehungen	48
VI. Kritik der Gedanken unter III. - V.	49
1. Das personenrechtliche Verhältnis	
2. Persönliche Beziehungen	
VII. Das Vertrauen	54
1. Die Auffassung HUBMANNs	
a) Treue und Vertrauen	
b) Die persönliche Treue	
2. Die Auffassung EICHLERs	
3. Weitere Bezugnahmen auf das Vertrauen	
a) Äußerungen ohne Begründung	
b) Die "objektive Gefährdung" bei LEHMANN, REISCHACH, FEHRENSSEN	
c) Die Auffassung HUECKs	
d) Die Konkretisierungen bei WLOTZKE, VOITZE und HAUCK	
e) Die Auffassung ZÖLLNERs und KNÖPFELs	
f) Die ablehnende Meinung BLOMEYERs und FARTHMANNs	
g) Die Äußerungen in der schweizerischen Literatur	
4. Die zusammenfassende Kritik	
VIII. Die Pflicht, einen Zweck zu fördern	69
1. Der Meinungsstand	
a) Die "Zweckförderungspflicht"	

- b) Die Förderung des "Gesellschafts-
interesses"
- c) Die Förderung des "Vertragszwecks"
- d) Die Begründungen der Treueforderung

2. Die Kritik

- a) Die Selbständigkeit von Zweck-
förderungs- und Treuepflicht
- b) Begriffsbestimmung des "Zwecks"
- c) Unsicherheitsfaktoren bei der Ver-
pflichtung, einen Zweck zu fördern
 - (1) Die Bestimmung des Zwecks
 - (2) Die Bestimmung der fördernden Mittel
 - (3) Die Individualität des Pflichtigen

IX. Das Dauerschuldverhältnis 78

- 1. Die "Dauer" im Bezug auf andere Anlässe
einer Treueforderung
- 2. Die Auffassung HUBMANNs
- 3. Die Kritik

X. Zusammenfassung des 4.Kapitels 82

- (1) Leistungstreue
- (2) Zwecktreue
- (3) Personentreue

Zweiter Hauptteil

5.Kapitel: Die Lösung der Problematik der Treuepflicht 84 durch andere Rechtsinstitute

I. Die Vertragstreue 84

- 1. Möglichkeiten einer Inhaltsbestimmung
- 2. Der Meinungsstand
- 3. Das Verhältnis von Vertragstreue
und Treuepflicht
- 4. Ergebnis

	Seite
II. Das Verbot des "venire contra factum proprium"	88
III. Die Lehre von Fortfall und Änderung der Geschäftsgrundlage	89
5. Kapitel: Die Rechtsgrundlage der Treuepflicht	91
I. Der Vertrag	92
1. Ausdrückliche oder stillschweigende Regelungen	
a) Die umfassende Vereinbarung der "Treuepflicht"	
b) Die ausdrückliche Vereinbarung einzelner Pflichten	
c) Die stillschweigende Vereinbarung einzelner Pflichten	
d) Die Identität einzelner Treuepflichten mit anderen Vertragspflichten	
2. Die ergänzende Auslegung	
II. Die gewohnheitsrechtliche Geltung	97
1. Die Fragestellung	
2. Der Meinungsstand	
3. Die Begründung KILIANs	
4. Die Kritik	
III. Der Rechtsgedanke einzelner gesetzlicher Regelungen	101
IV. Treu und Glauben	102
1. Die herrschende Meinung	
a) Die Literatur	
b) Die Rechtsprechung	
c) Die Äußerungen HUECKs	
d) Die Äußerungen SIEBERTs	
e) Die Auffassung REISCHACHs, SCHILLINGs und BETTIs	
f) Die Begründungen der Gleichsetzung	
2. Die ablehnenden Stellungnahmen	

- a) Der Meinungsstand
- b) Kritik der ablehnenden Meinung
- 3. Der Meinungsstand in der Schweiz
- 4. Inhalt und Anwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glauben
 - a) Die Suche nach Leitsätzen und ihre Ergebnisse
 - b) Positive (Handlungs-)Pflichten aus dem Grundsatz von Treu und Glauben
- 5. Ergebnis und Folgerungen für die (positive)Treuepflicht

Dritter Hauptteil

- 7.Kapitel: Die Treuepflicht als positive Handlungs-
pflicht 124
 - 1. Ablehnende Stellungnahme
 - 2. Die heute herrschende Meinung
 - 3. Beispiele positiver Treuepflichten
 - a) Im Arbeitsverhältnis
 - b) In der Genossenschaft
 - c) In der Personalgesellschaft
- 8.Kapitel: Die Bestimmung einzelner positiver
Treuepflichten 130
 - I. Vertragliche oder gesetzliche Regelungen 132
einzelner Treuepflichten
 - II. Gesetzliche und sonstige außervertragliche 133
Wertungsfaktoren
 - 1. Ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen
 - a) Im deutschen Recht
 - b) Im schweizerischen Recht
 - c) Folgerungen
 - 2. Treu und Glauben

3. Die Zumutbarkeit

- a) Der Meinungsstand
- b) Die Besonderheiten der Treuepflicht

4. Der Gleichbehandlungsgrundsatz

- a) Der Meinungsstand
- b) Die Kritik

III. Wertungsfaktoren des konkreten Rechtsverhältnisses 143

1. Der Zweck

- a) Der Zweck als äußerste Grenze
- b) Exkurs: "Nachwirkende Treuepflichten"

2. Die Aufgabenteilung

- a) Die "Zweckverfolgungsnähe"
- b) Die Aufgabenteilung in der Gesellschaft
- c) Förderung oder Gefahrenabwehr
- d) Exkurs: Die Möglichkeit zu schädigen

3. Die Vorhersehbarkeit von Aufwendungen

- a) Der Meinungsstand
- b) Die "Vorhersehbarkeit"
- c) Folgerungen für die Treuepflicht

4. Das berechnigte Interesse des Treuepflichtigen

- a) "Interesse" und Abwägung
- b) Folgerungen für die Treuepflicht
- c) Beispiel: Die Interessenabwägung bei der Gesellschaft
- d) Ergebnis

5. Die Vorteilsabwägung

- a) Aufwendungen und Gewinn des Treuepflichtigen - Aufwand und Vorteil des Treuegläubigers

b) Das Verhältnis von Aufwendungen und Wert des Objektes der Treuepflicht	
c) Der Fortbestand der Proportionalität von Leistung und Gegenleistung	
d) Die Kritik der "Vorteilsabwägungen"	
e) Ergebnis	
6. Die (personenrechtliche) Bindung und das Vertrauen unter den Beteiligten	
7. Die Dauer der vertraglichen Beziehungen	
IV. Zusammenfassung des 8. Kapitels	164
9. Kapitel: Der Ersatz von Aufwendungen aus der Erfüllung von Treuepflichten	165
I. Die Ausgangsfragen	165
1. Die Erstattungsfähigkeit der Aufwendungen	
a) Der Meinungsstand	
b) Der Ersatz eines Zeitverlustes	
c) Ergebnis	
2. Die Abgeltung durch die Gegenseitigkeit der Treuepflichten (und Fürsorgepflichten)	
II. Die Rechtsgrundlage des Aufwendungsersatzes	171
1. Gesetzliche Regelungen einzelner Treuepflichten	
2. Vertragliche Regelungen	
a) Vorhersehbarkeit und Parteiwille	
b) Exkurs: Die Abgeltung durch Treueprämien	
c) Ergänzende Vertragsauslegung	
3. Die gesetzlich oder vertraglich nicht ausdrücklich geregelten Fälle	
a) Ersatz nach Treu und Glauben (§ 242 BGB)	
b) Exkurs: Fortfall (Änderung) der Geschäftsgrundlage	
c) Der Rechtsgedanke der Verweisungen auf § 670 BGB	

- aa) Der methodische Ausgangspunkt
- bb) Aufwendungsersatz "wie ein Beauftragter"
- cc) Die Parallelen zur Treuepflicht
- dd) Der Rechtsgedanke

III. Der Schuldner des Aufwendungsersatzes	186
1. Das "Interesse" an den Aufwendungen	
2. Zufällige Ereignisse	
3. Aufwendungen im Gemeinschaftsverhältnis	
IV. Weitere Voraussetzungen aus dem Rechtsgedanken der Verweisungsvorschriften	189
1. Der Ersatzwille des Treuepflichtigen	
2. Der Erfolg der Aufwendungen	
3. Die Benachrichtigung des Gläubigers vor der Aufwendung	
4. Keine schuldhafte Veranlassung der Aufwendungen durch den Treuepflichtigen	
5. Die Verhältnismäßigkeit von Aufwendung und Erfolg	
V. Der Anspruch auf Vorschuß	193
VI. Irrtümliche Aufwendungen	194
10. Kapitel: Die Nichterfüllung von Treuepflichten	195
I. Die Klage auf Erfüllung einzelner Treuepflichten	196
II. Die Verpflichtung zum Schadenersatz	198
III. Sonstige Folgen	199
<u>S c h l u ß</u>	202

S c h r i f t t u m

- ABT, G.S. Entschädigung für Dienstleistungen im elterlichen Haushalt und Gewerbe, Diss. Zürich 1926
- ACHTERBERG, Norbert Der Rechtsgrund der Haftungsbeschränkung und der Ersatzansprüche des Arbeitnehmers bei schadengeneigter Arbeit, AcP 164, S.14 ff (1964)
- ARKENAU, Bernhard Die Vergütung der Dienstleistungen des beauftragten und unbeauftragten Geschäftsführers, Diss. Göttingen 1930
- AUGSTEIN, Josef Das Problem der Sonderpflichten im Vereinsrecht, Diss. Göttingen 1932
- BALLERSTEDT, Kurt Arbeitskraft und Handlungsbegriff, JZ 1953, S.389 ff
- ders. Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften, JuS 1963, S.253 ff
- BALTZER, Sigurd Die gesellschaftliche Treuepflicht im Recht der AG und GmbH, Diss. Freiburg i.Br.1967
- BAUMBACH-DUDEN Handelsgesetzbuch, kommentiert von DUDEN, Konrad 18.Aufl. München und Berlin 1968
- BAYERL, Alfons Die Nebenpflichten des Genossenschafters, Diss. Würzburg 1955
- BECHER, Hans Wettbewerbsverbot und gesellschaftsmäßige Treupflicht, NJW 1961, S.1998 ff
- BEHRENDTS, Hermann Die nützliche Geschäftsführung, Diss. Marburg 1932
- BEITZKE, Günter Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Schloß Bleckede a.d.Elbe 1948

BENGES, Hans-Erich	Die Mehrarbeitsvergütung (§ 6a der Arbeitszeitverordnung, Diss. Köln 1930
BENZ, Walther	Die Treupflicht des Gesellschafters, Diss. Zürich 1947
BERGMANN, -	Über den Mißbrauch gesellschaftlicher Machtstellungen, ZHR 105, S.1 ff
BERTERMANN, -	Pensionsanspruch nach Beschäftigungs- verbot RdA 1950, S.10 ff
BETTI, Emilio	Der Grundsatz von Treu und Glauben in rechtsgeschichtlicher und -verglei- chender Betrachtung, Festgabe für Rudolf Müller-Erzbach zum 80.Geburtstag, S.7 ff München-Pasing 1954
BISINGER, Reinhold	Die unbefugte Geschäftsführung bei den Personalgesellschaften Diss. Münster 1958
BLOMEYER, Karl	Die Treupflicht des Kommanditisten einer kapitalistisch organisierten Kommanditgesellschaft, Diss. München 1953
BOEHMER, Gustav	Grundlagen der bürgerlichen Rechts- ordnung, Zweites Buch, Erste Abteilung: Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechtes, Tübingen 1951
BÖTTICHER, Eduard	Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953, S.161 ff
ders.	Vertragstheorie und Eingliederungs- theorie, RdA 1955, S.321 ff
BRAUT, Fr.	Die Treuepflicht des Arbeitnehmers, Die Justiz 1954, S.360
BRÜGGEMANN, Erich	Die Treupflicht des Kommanditisten, Diss. Münster 1951

- BULLA, - Die Sorgepflicht des Arbeitgebers um eingebrachtes Arbeitnehmer-Eigentum, RdA 1950, S.88 ff
- BURKERT, Michael Der Einfluß von Treu und Glauben bei der Vertragsabwicklung, Diss. Münster 1967
- CLAREN, Wolfgang Die Treupflicht des Aktionärs, ZAkDR 1937, S.490 ff
- CLORIUS, Karl Theodor Aufwendungen zur Erfüllung, Diss. Rostock 1932
- COHN, Ernst Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Mitglieder im Vereinsrecht, AcP 132, S.129 ff (1930)
- CRAMER, Herbert Das Treuverhältnis im Recht der Personenverbände, Diss. Frankfurt a.M. 1931
- DEGENER, Elmar Der Begriff der Verwendungen und Aufwendungen im BGB, Diss. Köln 1936
- DERSCH, Hermann Die neuere Entwicklung der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis, Festschrift für Wilhelm Herschel, S.71 ff, Stuttgart 1962
- ders. Entwicklungslinien der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis, RdA 1948/49, S.325 ff
- ders. Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht unter Abweichung vom BGB, RdA 1958, S.441
- ders. Neuorientierung der Schadenshaftung aus Unrecht im Arbeitsverhältnis, ZAkDR 1936, S.1033 ff
- DIEDERICHSEN, Uwe Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, NJW 1966, S.697 ff
- DIETZ, Rolf Die Pflicht der ehemaligen Beschäftigten zur Verschwiegenheit über Betriebsgeheimnisse, Festschrift für Hedemann zum 60. Geburtstag, S.330 ff Jena 1938

- DORN, Horst Die Übernahme der Geschäftsführung ohne Auftrag,
Diss. Erlangen 1961
- EBEN-SERVAES, Ilse Der Treuegedanke im Familienrecht
DR 1934, S.536 f
- ECKARDT, Ulrich Außervertragliche Schutzpflichten,
Diss. Göttingen 1951
- EICHLER, Hermann Die Rechtslehre vom Vertrauen,
Tübingen 1950
- ELSTER, Alexander in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Herausgeber: STIER-SOMLO, Fritz und ELSTER, Alexander, (mehrere Mitarbeiter), Sechster Band
Berlin und Leipzig 1929
- ENGELFRIED, Peter Der Schadensausgleich auf der Grundlage gemeinschaftlicher Interessen,
Diss. Heidelberg 1958
- ENGISCH, Karl Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit,
2.Auflage
Heidelberg 1968
- ENNECCERUS-LEHMANN Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II.Band: Recht der Schuldverhältnisse, bearbeitet von LEHMANN, Heinrich
15.Auflage
Tübingen 1958
- ERDSIEK, - Zum Bedeutungswandel der Kodifikation -
Für und wider ein Gesetzbuch der Arbeit,
NJW 1961, S.647 ff
- ERMAN, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden, (Mehrere Bearbeiter)
4.Auflage
Münster 1967
- ESSER, Josef Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil, Lehrbuch,
2. Auflage
Karlsruhe 1960
- ders. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts,
2. unveränderte Auflage
Tübingen 1964

- ESSER, Josef Kurssicherungsgeschäfte und ausländische Enteignungsmaßnahmen, MDR 1958, S.287 f
- FARTHMAN, - Der "personenrechtliche Charakter" des Arbeitsverhältnisses, RdA 1960, S.5 ff
- FECHNER, Erich Die Treubindungen des Aktionärs, Habilitationsschrift Bonn 1942
- ders. Besprechung von: Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, DRZ 1949, S.94
- FEHLING, Hans Otto Arbeit als Aufwendung, Diss. Göttingen 1935
- FEHRENSSEN, Hans Treuepflicht des Großaktionärs, Diss. Göttingen 1965
- FIKENTSCHER, Wolfgang Das Schuldrecht, Lehrbuch, 2.Auflage Berlin 1969
- FISCHER, Robert Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedsrechte, NJW 1954, S.777 ff
- FLEISCHMANN, Hans Die Treuepflicht der Mitglieder von Kapitalgesellschaften, Diss. Frankfurt a.M. 1937
- FREY, Erich Das Verhältnis von Fürsorgepflicht und Treuepflicht, AuR 1958, S.203 ff
- FROMER, Léon Die Treuepflicht des Aktionärs, ZSR 1939, S.210 ff
- GALPERIN, Hans Der Grundsatz der Gleichbehandlung, RdA 1953, S.169 ff
- ders. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage im Arbeitsrecht, DBetrVerf. 1958, S.41-46, 61-66
- GANSZMÜLLER, Helmut Die Tätigkeitsvergütung geschäftsführender Gesellschafter der OHG und KG, Köln 1961
- GAUL, Dieter Zur Haftung im Arbeitsverhältnis, NJW 1966, S.329 ff

- GEIB, Peter Die genossenschaftliche Treupflicht,
Diss. Heidelberg 1945
- GIERKE, Julius von Besprechung von: Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht,
ZHR 111, S.190
- GIERKE, Otto von Deutsches Privatrecht,
Band I: Allgemeiner Teil und Personenrecht,
Leipzig 1895
- ders. Die Wurzeln des Dienstvertrages,
Festschrift für Heinrich Brunner zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum, S.37 ff
Jena 1914
- GLOOR, Max O. Der Treuegedanke im Recht der Handelsgesellschaften,
Diss. Zürich 1943
- GMÜR, Rudolf Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch,
Bern 1965
- GÖRISCH, Gerhard Die sekundäre Unterlassungspflicht,
Diss. Marburg 1927
- GOERRIG, Franz Die dienstvertragliche Treupflicht,
DGWR 1937, S.133 ff
- GROOTHOLD, Wilhelm Mehrarbeit und Überarbeit,
Diss. Königsberg 1942
- GUHL, Theo Das Schweizerische Obligationenrecht,
5.Auflage
Zürich 1956
- GUTKNECHT, Hermann Die finanziellen Berechtigungen und Verpflichtungen der Genossenschafter,
Diss. Bern 1937
- GUTZWILLER, Max in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, (Mehrere Herausgeber)
V.Band: Obligationenrecht, 6.Teil: Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung,
1.Lieferung: Vorwort, Einleitung
Zürich 1945
- HARTMANN, Nicolai Ethik,
3.Auflage
Berlin 1949

- HAUCK, Edeltrud Die Treupflicht des Arbeitnehmers,
Diss. München 1948
- HECK, Philipp Das Urteil des Reichsgerichts vom 28.
November 1923 über die Aufwertung von
Hypotheken und die Grenzen der Richter-
macht,
AcP 122, S.203 ff
- ders. Die Interessenjurisprudenz und ihre
neuen Gegner, (Fortsetzung von S.129 ff)
AcP 142, S.297 ff (1936)
- HEDEMANN, Justus Wilh. Die Flucht in die Generalklauseln,
Eine Gefahr für Recht und Staat,
Tübingen 1933
- ders. Reichsgericht und Wirtschaftsrecht,
Jena 1929
- HEILBRUNN, Otto Die "Treupflicht" des Arbeitnehmers,
Das Arbeitsgericht 1931, S.418 f
- HEINS, Valentin Anmerkung zu OLG Düsseldorf NJW 1956,
S.1802
NJW 1957, S.345 f
- HELDRIICH, Andreas Vergeudung von Freizeit als Vermögens-
schaden?
NJW 1967, S.1737 ff
- HENCKEL, Wolfram Die ergänzende Vertragsauslegung,
AcP 159, S.106 ff
- HENKEL, Heinrich Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als
regulatives Rechtsprinzip,
Festschrift für Edmund Mezger zum 70.
Geburtstag, S.249 ff
München und Berlin 1954
- HERBST, - Der Treudienstvertrag,
DAR 1935, S.181
- HERHOLZ, Felix Das Schuldverhältnis als konstante
Rahmenbeziehung,
AcP 130, S.257 ff (1929)
- HERMANN, Hans Eingedämmte Generalklauseln, (Glosse)
JZ 1955, S.183 f
- HERRNSHEIM, Heyl zu Der Treubegriff im Gesellschaftsrecht,
DR 1934, S.535 ff

- HESSE, Friedrich Wilh. Die Treupflicht des Aktionärs,
Diss. Köln 1938
- HIMMELSCHN, J. Erfüllungszwang und Lehre von den posi-
tiven Vertragsverletzungen,
AcP 135, S.255 ff (1932)
- HOENIGER, Paul Die Entlastung,
DJZ 1922, S.144 ff
- HOFFMANN, Hans Joachim Die Fragwürdigkeit der Haftung für
diligentia quam in suis,
NJW 1967, S.1207 ff
- HORN, Norbert Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor
Viehwegs für eine einheitliche Theo-
rie des juristischen Denkens,
NJW 1967, S.601 ff
- HUBER, Eugen - System und Geschichte des schweizeri-
MUTZNER, Paul schen Privatrechts,
I.Band: Allgemeiner Teil und Personen-
recht,
2.Auflage
Basel 1932
- HUBMANN, Heinrich Besprechung von: Wieacker, Zur rechts-
theoretischen Präzisierung des
§ 242 BGB,
AcP 155, S.549 f
- ders. Grundsätze der Interessenabwägung,
AcP 155, S.85 ff
- ders. Der Treuegedanke im Aktienrecht,
Diss. München 1948
- ders. Entstehung und Außerkrafttreten von
Gewohnheitsrecht - BGHZ 44,346,
JuS 1968, S.61 ff
- HUECK, Alfred Das Recht der offenen Handelsgesell-
schaft,
3.Auflage
Berlin 1964
- ders. Das Arbeitsvertragsrecht,
Stuttgart 1922
- ders. Die Sittenwidrigkeit von Generalversamm-
lungsbeschlüssen der Aktiengesellschaf-
ten und die Rechtsprechung des Reichs-
gerichts,
Die Reichsgerichtspraxis im deutschen
Rechtsleben, Band IV, S.167 ff
Berlin und Leipzig 1929

XVIII

- HUECK, Alfred Der Treuegedanke im modernen Privat-
recht, Vortrag,
München 1947
- ders. Anmerkung zu OGH SJZ 1948, Sp.751,
SJZ 1948, Sp.755
- ders. Die Pflicht des Unternehmers zur Für-
sorge für den Gefolgsmann nach dem Ge-
setz zur Ordnung der nationalen Arbeit,
Festschrift für Justus Wilhelm Hede-
mann zum 60.Geburtstag, S.312 ff
Jena 1938
- ders. Der Treuegedanke im Recht der offenen
Handelsgesellschaft,
Festschrift für Rudolf Hübner zum 70.
Geburtstag, S.72 ff
Jena 1935
- HUECK, Alfred - Lehrbuch des Arbeitsrechts, I.Band,
NIPPERDEY, Hans Carl 1.Auflage
Mannheim-Berlin-Leipzig 1928
I. Band (1963)
II. Band, Erster Halbband (1967)
7.Auflage
Berlin und Frankfurt a.M.
- HUECK, Götz Der Grundsatz der gleichmäßigen Be-
handlung im Privatrecht,
München und Berlin 1958
- HUMMEL, Helmut von Die Treue im Arbeitsrecht,
Diss. Gießen 1935
- ISELE, Hellmut Georg Arbeitnehmer als Geschäftsbesorger,
AuR 1964, S.161 ff
- ders. Empfiehlt es sich, die Haftung des
Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeit-
geber abweichend vom Schuldrecht des
BGB zu regeln?
NJW 1964, S.1441 ff
- JAGUSCH, Heinrich Rechtsnorm und Normsituation,
SJZ 1947, Sp.295 ff
- KAUFMANN, Arthur Analogie und "Natur der Sache",
Schriftenreihe der Juristischen
Studiengesellschaft Karlsruhe,
Heft 65/66
Karlsruhe 1965

- KILIAN, Karl Friedrich Ansprüche des Arbeitnehmers aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und ihre Grenzen, Diss. München 1955
- KLAUSING, Friedrich Treupflicht des Aktionärs? Festschrift für Franz Schlegelberger zum 60.Geburtstag, S.405 ff Berlin 1936
- KLEIN, Rüdiger Schadenshaftung im Arbeitsverhältnis, Heidelberg 1964
- KLINK, Helmut Die Treupflicht des Arbeitnehmers, Diss. Mannheim 1953
- KLOPFER, Gerhard Die Treupflicht des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis, Diss. Jena 1928
- KNÖPFEL, Gottfried Die Treupflicht im Recht der GmbH, Diss. München 1954
- KÖPCKE, Günther Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1965
- KRELLER, Hans Fürsorge- und Treupflicht im Arbeitsrecht, ZAKDR 1938, S.302 ff
- KRÜGER, Detlev Nebenleistungen bei gegenseitigen Verträgen, Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht; 2.Beiheft der ZHR Stuttgart 1935
- KÜCHENHOFF, Günther Aufwendung und Opfer im Arbeitsrechtsverhältnis, RdA 1963, S.7 ff
- ders. Die Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden des Arbeitnehmers im Betriebe bei gefährlicher Arbeit, Festschrift für Hermann Nottarp, S.153 ff Karlsruhe 1961
- KÜSTER, Werner Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschaftsmitglieder, insbesondere des Stimmrechts im deutschen Gesellschaftsrecht, Berlin 1954

- KULL, Bruno Die Grundlagen, Grenzen und Nachwirkungen der arbeitsrechtlichen Treu- und Fürsorgepflicht,
Diss. Heidelberg 1953
- LANTZKE, Ulf Genossenschaftlicher Bezugs- und Absatzzwang,
Diss. Münster 1953
- LARENZ, Karl Lehrbuch des Schuldrechts,
I. Band: Allgemeiner Teil,
II. Band: Besonderer Teil,
9. Auflage
München und Berlin 1968
- ders. Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft,
JherJb 83, S. 108 ff (1933)
- ders. Entwicklungstendenzen der heutigen
"Zivilrechtsdogmatik",
JZ 1962, S. 105 ff
- ders. Kennzeichen geglückter richterlicher
Rechtsfortbildungen,
Schriftenreihe der Juristischen
Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 64,
Karlsruhe 1965
- LAUFS, Adolf Mehrere Geschäftsherren bei der negotiorum gestio,
NJW 1967, S. 2294 ff
- LAUSCHER, Hans Die Bedeutung der Verweisung auf die
Vorschriften der Geschäftsführung
ohne Auftrag im BGB hinsichtlich der
Begriffsvoraussetzungen,
Diss. Köln 1929
- LEHMANN, Heinrich siehe auch ENNECCERUS-LEHMANN
- ders. Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht,
München 1906
- ders. Gesellschaftsrecht,
2. Auflage
Berlin und Frankfurt a.M. 1959
- LINZ, Ernst Die Ersatzansprüche eines Gesellschafters gegen die offene Handelsgesellschaft,
Diss. Heidelberg 1919

- LOSCHKE, Johannes Grundsätzliches zur arbeitsrechtlichen Treupflicht,
DAR 1938, S.249
- MANSFELD, Werner Vom Arbeitsverhältnis,
ZArbDR 1935, S.906 ff
- ders. Vom Arbeitsvertrag,
DAR 1936, S.118 ff
- MARCUS, - Kann ein Gesellschafter für die
Führung der regulären Geschäfte der
Gesellschaft mangels Abrede Vergütung
liquidieren?
KGBI 1901, S.51 f
- MAUS, Wilhelm Handbuch des Arbeitsrechts,
V.Teil, S.5-120
(Loseblattsammlung)
Frankfurt a.M.
- ders. Das Arbeitsverhältnis,
Grundriß, Band I
Schloß Bleckede a.d.Elbe 1948
- ders. Das Recht des Arbeitsvertrags,
(Loseblattsammlung)
Minden 1947
- MAVRIDIS, - Eingliederungstheorie, Vertrags-
theorie und Gemeinschaftsverhältnis,
RdA 1956, S.444 ff
- MAYER-MALY, Theo Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung,
JZ 1961, S.205 ff
- ders. Probleme der Kodifikation des Ar-
beitsrechts in Österreich,
JZ 1961, S.553 ff
- MEISSINGER, - Treuepflicht im Arbeitsrecht,
ArbRB1. D I Übersicht A V Abs.2
o.J., o.O.
- MERZ, Hans Auslegung, Lückenfüllung und Norm-
berichtigung,
AcP 163, S.305 ff
- ders. Die Generalklausel von Treu und
Glauben als Quelle der Rechtsschöp-
fung,
ZSR 80, S.335 ff (1961)

- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958
- MEYER, Ottmar Die Treue als Rechtsbegriff im Arbeitsverhältnis, Diss. Tübingen 1942
- MILLER, Albert von Sittliche Begriffe im deutschen bürgerlichen Recht, DR 1933, S.206 ff
- MOOCK, Dieter von Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Frage der Haftungsbeschränkung bei Arbeitsunfällen, Diss. Münster 1965
- MÜLLER, Friedrich Rechtscharakter der Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten nach § 618 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Diss. Heidelberg 1912
- MÜLLER, Ulrich Die Treupflicht im Bürgerlichen Recht, DJZ 1935, Sp.269 ff
- MUTZNER, Paul siehe HUBER, Eugen
- NEUMANN, - Das Arbeitsrecht in der modernen Gesellschaft, RdA 1951, S.2 ff
- NIEDNER, Hans Die sogenannte überobligationsmäßige Schwierigkeit, Diss. Bonn 1931
- NIKISCH, Arthur Arbeitsrecht, I.Band: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3.Auflage Tübingen 1961
- ders. Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, Berlin-Leipzig-Wien 1941 (2.Auflage als: Das Arbeitsverhältnis im Betrieb, 1944)
- ders. Die Bedeutung der Treupflicht für das Arbeitsverhältnis, DAR 1938, S.182 ff

- NIPPERDEY, Hans Carl Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, Mannheim-Berlin-Leipzig 1921
- ders. Die Vereinheitlichung des Rechts der Schuldverhältnisse in Italien und Deutschland, ZAkDR 1938, S.721 ff
- ders. siehe auch HUECK-NIPPERDEY
- NOTTHOFF, Hanswalter Fürsorge- und Treuepflicht im Recht des Handlungsgehilfen, Diss. Köln 1938
- OBERMAYER, Klaus Gedanken zur Methode der Rechts-erkenntnis, NJW 1966, S.1885 ff
- OERTMANN, Paul Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig 1921
- ders. Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, AcP 116, S.1 ff (1918)
- PAULICK, Heinz Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, Tübingen 1954
- PLASSMANN, Norbert Wettbewerbsbeschränkungen im Rechtsstreit, NJW 1966, S.953 ff
- RAAFLAUB, Hans Emanuel Die Treuepflicht des Arbeitnehmers beim Dienstvertrag, Diss. Bern 1957 = Winterthur 1959
- RAISER, Ludwig Christen und Nichtchristen im Recht, Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, S.243 ff Göttingen 1952
- ders. Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, NJW 1964, S.1201 ff
- RASNER, Henning Die atypische stille Gesellschaft, Bielefeld 1961

- REINICKE, G. und D. Die Ausfüllung primärer und sekundärer Gesetzeslücken nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1952, S.1153 ff
- REISCHACH, Carl Treupflichten ausgeschiedener Gesellschafter von Personalgesellschaften, Diss. Mainz 1953
- ROSENTHAL, Alfred Die Festlegung einer Partei auf "Vorhersehbarkeit", LZ 1923, Sp.297 ff mit zust. Nachwort von KRÜCKMANN
- ROTHER, Werner Vom Sinn und Anwendungsbereich der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Leipzig 1941
- RUBENS, Friedhelm Vertragsergänzung im Schuldrecht, Diss. Heidelberg 1937
- SAMMECK, Cornel Individualansprüche und Sozialverpflichtungen bei der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Köln 1939
- SAVAETE, Eugen Treu und Glauben im Arbeitsrecht, AuR 1955, S.263
- SCHENCK, Dodo von Der Begriff der Sphäre in der Rechtswissenschaft, insbesondere als Grundlage der Schadenszurechnung, Diss. Hamburg 1950
- SCHEUERLE, Wilhelm A. Das Wesen des Wesens, AcP 163, S.429 ff
- SCHILLING, Wolfgang Wandlungen des modernen Gesellschaftsrechts, JZ 1953, S.489 ff
- SCHLEGEL, Carl Die allgemeinen und besonderen Rechte und Pflichten eines geschäftsführenden Gesellschafters bei der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Diss. Erlangen 1913
- SCHLEGELBERGER - GESZLER-Handelsgesetzbuch, Kommentar
HILDEBRANDT-SCHRÖDER Band I (1960)
Band II (1963)
4.Auflage
Berlin und Frankfurt a.M.

- SCHLOSSER, Marie-
Elisabeth Die höchstrichterliche Rechtsprechung
über die Geschäftsführung und Vertretung
im Recht der offenen Handelsgesellschaft,
Diss. Würzburg 1961
- SCHMIDT, Hans Martin Die gegenseitige Treupflicht der
GmbH-Gesellschafter,
Rdsch.f.GmbH 1960, S.137 ff
- SCHMIDT, Reimer Die Obliegenheiten,
Karlsruhe 1953
- SCHMIDT, Rudolf Die rechtliche Wirkung der Befolgung
sittlicher Pflichten,
Die Reichsgerichtspraxis im deutschen
Rechtsleben, Band II, S.25 ff
Berlin und Leipzig 1929
- SCHMUTZER, Walter Treuebindungen bei den Erwerbs- und
Wirtschafts-genossenschaften,
Diss. Münster 1955
- SCHNORR VON CAROLSFELD, Ludwig Die Eigenständigkeit des Arbeits-
rechts,
RdA 1964, S.297 ff
- SCHÖNENBERGER, Wilhelm Schweizerisches Obligationenrecht,
28.Auflage
Zürich 1966
- SCHREIBER, Arnulf Arbeit als Beitrag im Gesellschafts-
recht,
Diss. Breslau 1938
- SCHÜTTE, Herbert Die Geschäftsführung der offenen
Handelsgesellschaft,
Diss. Köln 1931
- SCHULZE, Reinhold Die Verletzung von Nebenleistungs-
pflichten im gegenseitigen Vertrag
und ihre Auswirkung auf das Synallagma,
Diss. Tübingen 1954
- SCHWANKHART, Franz Anspruch des Bürgers auf Prozeßzinsen
im Sozialrecht?
NJW 1967, S.377 ff
- SCHWARZKOPF, Heinz Der Treue- und Gemeinschaftsgedanke in
den Arbeitsverhältnissen des deutschen
Mittelalters,
Diss. München 1938

- SCHWEINGRUBER, Edwin Das Arbeitsrecht der Schweiz,
2.Auflage
Zürich 1951
- SEYDEL, Helmut Schadensersatzpflicht des Unternehmers
bei Gesundheitsschädigungen durch Über-
anstrengung,
DAR 1936, S.64 ff
- SIBER, Heinrich Zur Theorie von Schuld und Haftung
nach Reichsrecht,
JherJb 50, S.55 ff (1906)
- ders. Besprechung von: Litten, Fritz, Die
Wahlschuld im deutschen bürgerlichen
Rechte, Berlin 1903,
Krit.Viertj.Schr.1905, S.526 ff
- SIEBERT, Wolfgang Verwirkung und Unzulässigkeit der
Rechtsausübung,
Marburg 1934
- ders. Die Treue im Arbeitsrecht,
DR 1934, S.537 ff
- ders. Die Treupflicht als Grundlage des
Arbeitsverhältnisses,
Mon.-Hefte f. NS.-Soz.Pol. 1935/36,
S.331
- ders. Einige Entwicklungslinien im neueren
Individualarbeitsrecht,
RdA 1958, S.366 ff
- ders. Zur Rechtserneuerung im Schuldrecht,
DR 1941, S.1930 ff
- ders. siehe auch SOERGEL-SIEBERT
- SIEGWART, Alfred in: Kommentar zum Schweizerischen
Zivilgesetzbuch,
(Mehrere Herausgeber und Bearbeiter),
V.Band: Obligationenrecht,
4.Teil (Art.530-619): Die Personen-
gesellschaften,
Zürich 1938
- SIMONIUS, August Über die Bedeutung des Vertrauensprin-
zips in der Vertragslehre,
Festgabe der Basler Juristenfakultät
zum Schweizerischen Juristentag,
S.233 ff
Basel 1942

- SOERGEL-SIEBERT Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar
 (Mehrere Bearbeiter),
 I.Band: §§ 1-432, kommentiert von
 SIEBERT, Wolfgang
 9.Auflage
 Stuttgart 1959
 Band 2: §§ 241-610 (1967)
 Band 3: §§ 611-853 (1969)
 Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz
- SPÄTH, Wolfgang Hans Karl Die normative Sphärentheorie,
 Diss. Tübingen 1953
- SPIES, Wolfgang Geschäftsführung ohne Auftrag bei
 gleichzeitiger Wahrnehmung eigener
 oder dritter Interessen,
 Diss. Hamburg 1949
- SPIESSHOFER, Karin Die kapitalistische Personengesell-
 schaft und das Wettbewerbsverbot,
 Diss. Köln 1969
- STAMMLER, Rudolf Das Recht der Schuldverhältnisse in
 seinen allgemeinen Lehren,
 Berlin 1897
- STAUB, Herbert Die Wirkung der irrtümlichen Annahme
 einer Verpflichtung dem Geschäftsherrn
 gegenüber auf das Rechtsverhältnis der
 Geschäftsführung ohne Auftrag,
 Diss. Göttingen 1934
- J. v. STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:
 11.Auflage
 Berlin (Jg.)
 Band II, 3.Teil: §§ 611-704, 1958
 - erläutert von: NIPPERDEY, MOHNEN,
 NEUMANN, RIEDEL, -
 Band II, 4.Teil, Lieferung 1: Einzelne
 Schuldverhältnisse, §§ 705-740, 1958
 - erläutert von: KESZLER, -
 Band II, Teil 1b, § 242, 1961
 - erläutert von: WEBER, -
 Band II, Teil 1c, §§ 249-327, 1967
 - erläutert von: WERNER, -
- STECHER, Dieter Die neuere Entwicklung der arbeits-
 rechtlichen Fürsorgepflicht in Wissen-
 schaft und Rechtsprechung,
 Diss. Heidelberg 1958

- STECHEER, Dieter Die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht,
RdA 1961, S.261
- STEINDORFF, Ernst Wertersatz für Schäden als Aufwendungs-
ersatz im Arbeits- und Handelsrecht,
Festschrift für Hans Dölle, Band I,
S.273 ff
Tübingen 1963
- STOLL, Heinrich Die Lehre von den Leistungsstörungen,
Tübingen 1936
- ders. Gemeinschaftsgedanke und Schuldvertrag,
DJZ 1936, Sp.414 ff
- SUDHOFF, Heinrich Rechte und Pflichten des Geschäfts-
führers einer GmbH,
5.Auflage
Köln und Berlin 1969
- TRAUTMANN, Paul Unmöglichkeit der Leistung und Annahme-
verzug beim Arbeitsvertrage,
GruchB 59, S.434 ff (1915)
- TRIESCHMANN, Günther Das Verhältnis des Rechts des Einzel-
arbeitsverhältnisses zum allgemeinen
bürgerlichen Recht,
AuR 1962, S.97 ff
- TROXLER, Werner Die Treupflicht des Genossenschafters,
Diss. Freiburg i.d.Schweiz 1953
- TUOR, Peter Das Schweizerische Zivilgesetzbuch,
7.Auflage, bearbeitet von SCHNYDER,
Bernhard,
Zürich 1965
- VIEHWEG, Theodor Topik und Jurisprudenz,
3.Auflage
München 1965
- WACHINGER, - Zu Bedeutung und Grenzen der richter-
lichen Interessenabwägung,
JW 1932, S.3041 ff
- WEBER, Hans Das richterliche Änderungsrecht bei
Dauerverträgen,
Diss. Zürich 1924
- WEICHNER, Mathilde Die Gratifikation,
Diss. München 1957

- WEILBAUER, Arthur Die ergänzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben, Hoenigers Abhandlungen zum Bürgerlichen, Handels- und Arbeitsrecht, 1. Heft, Mannheim-Berlin-Leipzig 1922
- WEIZEL, Hans Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58, S. 491 ff (1939)
- WENDT, - Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, AcP 100, S. 1 ff (1906)
- WERNER, Fritz Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, Karlsruhe 1966
- WESTERMANN, Harry Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955
- ders. Vortrag referiert im Bericht über die Tagung deutscher Zivilrechtslehrer in Bad Bertrich vom 17. bis 19. Oktober 1952 von Fritz SCHWARZ, AcP 152, S. 445 ff
- WIEACKER, Franz Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, (Recht und Staat, Heft 193/194) Tübingen 1956
- WIEDEMANN, Herbert Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966
- WITZLEBEN, Norbert von Die Gründe der Schadenstragung im Arbeitsverhältnis am Beispiel der Haftung des Arbeitnehmers bei gefahrbehafteter Arbeit, Diss. Köln 1956
- WOHLMANN, Herbert Die Treupflicht des Aktionärs, Zürich 1968
- WÖLBING, Werner Das Treuverhältnis in der eingetragenen Genossenschaft, Diss. Göttingen 1948
- WOLANY, Josef Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, Köln 1964

- WÜST, Günther Ausgleichspflichten auf der Grundlage
gemeinsamer Interessen,
JZ 1961, S.78 ff
- WURCHE, Dietmar Generalklausel und Kasuistik in der
neueren deutschen Gesetzgebung,
Diss. Heidelberg 1965
- ZIEGLER, Bernhard Die genossenschaftliche Treuepflicht
im schweizerischen Recht,
Diss. Basel 1941
- ZIMMERMANN, Theo Die höchstrichterliche Rechtsprechung
zur Berichtigung der Gesetze,
NJW 1952, S.959 f
- ZIPPELIUS, Reinhold Problemjurisprudenz und Topik,
NJW 1967, S.2229 ff
- ders. Zum Problem der Rechtsfortbildung,
NJW 1964, S.1981 ff
- ZITTELMANN, Ernst Nichterfüllung und Schlechterfüllung,
Festgabe der Bonner Juristischen Fa-
kultät für Paul Krüger zum Doktor-
jubiläum, S.263 ff
Berlin 1911
- ZÖLLNER, Wolfgang Die Schranken mitgliedschaftlicher
Stimmrechtsmacht bei den privatrecht-
lichen Personenverbänden,
München und Berlin 1963
- ZUMBÜHL, Franz Die korporationsrechtlichen Leistungs-
pflichten in der Genossenschaft,
Diss. Zürich 1944
- ZWEIGERT, Konrad Rechtsvergleichung als universale
Interpretationsmethode,
RabelsZ 15, S.5 ff (1949)

Abkürzungen

abl.	ablehnend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Arbeitgeber
AktG	Aktiengesellschaft
AN	Arbeitnehmer
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934, aufgehoben durch Kontrollratsgesetz Nr. 40 vom 30. November 1946
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRB1.	Arbeitsrechts-Blattei
ARS	Arbeitsrechtssammlung
AuR	Arbeit und Recht
AusfVO	Ausführungsverordnung
AZO	Arbeitszeitordnung
BB	Betriebsberater
ber.	berichtigt
Betr.	Der Betrieb
BGB1.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung) (II. Teil: Zivilrecht)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
DAR	Deutsches Arbeitsrecht
DBetrVerf	Die Betriebsverfassung
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht (Ergänzungsblatt zur "Deutschen Justiz")
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift

Dt.	Deutsch(e)
FamRZ	Familienrechtszeitschrift
FN	Fußnote
GenG	Genossenschaftsgesetz
GesR	Gesellschaftsrecht
GewO	Gewerbeordnung
GG	Bonner Grundgesetz
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Grdl.	Grundlagen
GruchB	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts; begründet von Dr.I.A.Gruchot
Hdb	Handbuch
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
HRW	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
JherJb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KG	Kammergericht
KGBl.	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts
Krit.Viertj. Schr.	Kritische Vierteljahresschrift für Ge- setzgebung und Rechtswissenschaft
LAG	Landesarbeitsgericht
LandarbVO	Landarbeiter-Verordnung
Lb.	Lehrbuch
LS	Leitsatz
LZ	Leipziger Zeitschrift (für Deutsches Recht)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mon.-Hefte d. NS.-Soz.Pol.	Monatshefte der NS.-Sozialpolitik
N.	Note (Anmerkung)
Nds Rpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
Nebenl.	Nebenleistungen
Obl.	Obliegenheiten

OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht; begründet von Ernst Rabel
RAG	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts (Amtliche Sammlung)
RdA	Recht der Arbeit
Rdnr	Randnummer
Rdsch.f.GmbH	Rundschau für GmbH
RGBl.	Reichsgesetzblatt
SA	Seufferts Archiv
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Soz.Pr.	Soziale Praxis
Sp.	Spalte
TO	Tarifordnung
Treueged.i.m. Privatr.	(Hueck:) Der Treuegedanke im modernen Privatrecht
VersR	Versicherungsrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Teil IV: Wertpapier und Bankfragen)
z.a.	zum anderen
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizer Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend

E i n l e i t u n g

1. Kapitel: Anlaß, Gegenstand und Grenzen der Untersuchung

I. Anlaß

Die mehrere Jahrzehnte andauernde Diskussion eines bestimmten Rechtsproblems mag noch nicht ungewöhnlich genannt werden. Erstaunlich muß man es aber finden, wenn nach solch langer Zeit immer wieder nicht nur vereinzelt Meinungen größter Gegensätzlichkeit vertreten werden, die einmal ein Institut als hochbedeutsam und unentbehrlich, zum anderen dagegen als rechtlich unbeachtlich und ungreifbar werten. Eine solche Erscheinung finden wir heute in der Treuepflicht und der häufig mit ihr in einem Atemzuge genannten Fürsorgepflicht.

Bis 1945 hatte willkürlicher nationalsozialistischer Gebrauch eine Inflation von "Treuepflichten" in allen Lebensbereichen hervorgebracht.¹ Der Begriff "Treuepflicht" erschien inhaltlos und abgewertet².

Aber schon bald nach dem Kriege wurde dieses Institut wieder Rechtsgrundlage zahlreicher Gerichtsurteile aller Instanzen mit zumeist einschneidenden Folgen für die Parteien³. In einer ununterbrochenen Folge rechtswissenschaftlicher Untersuchungen wurde es als Lösungsmittel verschiedenster Probleme empfohlen,

- 1) Vgl. nur beispielhaft: SIEBERT, NS.-Sozialpolitik 1936, 331 ff (332): "Die Treuepflicht spielt bei jeder Rechtsbeziehung zwischen Volksgenossen eine Rolle;" ferner in DR 1934, 537; Ulrich MÜLLER, DJZ 1935, Sp. 269 ff (273 f): "Die Treuepflicht ist ein allgemeiner Entscheidungssatz ohne gesetzliche Festlegung, ... Die Praxis wird schon das Richtige treffen;" v. HUMMEL, S. 7: "Die Treuepflicht kann nicht verstandesmäßig erfaßt werden. Sie kann nur mit dem Herzen aufgenommen und zutiefst erlebt werden."
- 2) St.-KESZLER, Anm. 33 vor § 705: "Beliebte Schlagworte einer das Recht unterminierenden Phraseologie;" vgl. heute ESSER, Lb § 21.2: Der Begriff "Treuepflicht" sei durch die allgemeinen Anforderungen des § 242 BGB an jeden Vertragspartner verbraucht.
- 3) ZB. für die GmbH: Ausschuß eines Gesellschafters auch bei Schweigen der Satzung: BGHZ 9, 157 ff (163); abl. SCHILLING, JZ 1953, 489 ff (491); Recht auf Büchereinsicht und Auskunft-

deren Spannweite hier nur angedeutet werden kann⁴.

Demgegenüber wird noch in jüngerer Zeit die Treuepflicht als "nur beeinflussender rechtsethischer Faktor"⁵ bezeichnet, dem niemals Ansprüche entspringen könnten; oder es wird von ihrer "Versubjektivierung"⁶ gesprochen und sie damit überhaupt als geeigneter Maßstab für irgendeine juristische Problementcheidung in Frage gestellt⁷.

Schon angesichts dieser Äußerungen scheint es nicht möglich, die Treuepflicht als soweit abgegrenzt und aufgeklärt⁸ zu bezeichnen, daß aus ihr ohne eingehende Auseinandersetzung mit den Gegenmeinungen selbständige Pflichten⁹ abgeleitet werden könnten.

erteilung des Gesellschafters: BGHZ 14,53 ff(56); Beschränkung der Ausübung des Stimmrechts: BGHZ 14,25 ff(38).

- 4) ZB. Freistellung des AN von Schadensersatzansprüchen bei sog. gefahr-(oder schadens-)geneigter Arbeit: v.MOOCK, S.95; Pflicht des Gesellschafters zur Ausübung des Stimmrechts: SCHILLING, JZ 1953,489 ff(489); Ablehnung eines Aufwendungsersatzes für die bei einem Krankenhausbrand verlorene Habe einer Krankenschwester, die Patienten rettete: LAG Hannover BB 1952,404 m.abl. Anm. DENECKE; Pflicht zur Benutzung wirtschaftlicher Einrichtungen der Genossenschaft: LANTZKE, S.29 Anm.16; Pflicht des Kommanditisten, u.U. seinen fälligen Gewinnanteil nicht sofort zu verlangen: LEHMANN, GesR S.156; für den GmbH-Gesellschafter u.U. sogar, auf ihn ganz oder teilweise zu verzichten: LEHMANN, GesR S.139.
- 5) KÜSTER, S.63,65; a.M. HUBMANN, ZHR 119,136 in der Besprechung von Küsters Monographie; ZÖLLNER, S.337.
- 6) FISCHER, NJW 1954,777; ebenso KÜSTER, S.90; EICHLER, S.31; Der Treuegedanke biete sich in "schillernden Farben" dar; REISCHACH, S.10; Der Begriff der Treuepflicht weise schillernde Züge auf.
- 7) BRAUT, Die Justiz 1954,360 ff sieht vom Standpunkt des DDR-Juristen die Treuepflicht nur als kapitalistische Maßnahme, um den Arbeiter an der Wahrnehmung seiner Interessen zu hindern und auszubeuten, indem man ihm vorlüge, es sei kein Interessengegensatz mehr vorhanden und der Betrieb sei sozusagen eine große Familie. - Die Treuepflicht entbehre jeder gesetzlichen Grundlage.
- 8) So aber allgemein: HUBMANN, ZHR 119,136; dagegen: in Umfang und Wirkungsweise lebhaft umstritten, noch keine eindeutige Gestalt: St.-KESZLER, Anm.32 vor § 705; REISCHACH, S.10;

II. Gegenstand

Mit der vorliegenden Arbeit wird diesen Zweifeln um Inhalt und Anwendungsbereich der Treuepflicht nachgegangen. Bei der Suche nach dem Geltungsgrund soll geklärt werden, ob sie ein selbständiges Institut oder nur ein besonderer Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben und damit auf § 242 BGB zurückzuführen ist, jener "wohl unausschöpflichen Bestimmung"¹⁰. Ihr Ursprung in Treu und Glauben würde es ermöglichen, auf die zahlreichen Äußerungen zu diesem Grundsatz zurückzugreifen. Die Selbständigkeit der Treuepflicht würde alle Fragen zu Inhalt und Geltungsbereich neu stellen.

Im Mittelpunkt der Untersuchung steht jedoch die bisher noch nicht in größerem Zusammenhang behandelte Frage nach sog. "positiven Treuepflichten"¹¹.

1. Mit der Kennzeichnung als "positiv", die auch in anderen Wortverbindungen erscheint¹², sollen einzelne aus der Treuepflicht abgeleitete Pflichten abgegrenzt werden gegenüber den nur "negativen" Unterlassungspflichten¹³. Dabei ist es jedoch

v.MOOCK, S.95, den das gewünschte Ergebnis (Haftungsfrei-
stellung des AN) jedoch diese Bedenken übergehen läßt.

9) So aber FEHRENSSEN, S.68.

10) HUBMANN, AcP 155,549.

11) Der Ausdruck ist, soweit ersichtlich, von LEHMANN geprägt worden, vgl. sein GesR S.79,182; ihm folgend: Staudinger-KESZLER, Anm.36c vor § 705; er erscheint ferner bei ESSER in der Überschrift des § 36 der zweiten Auflage seines Lehrbuchs. Die dritte Auflage (Band I: Allgemeiner Teil, 1968) wird der vorliegenden Darstellung nicht zugrundegelegt, da in ihr die Ausführungen zur Treuepflicht ohne sachliche Änderungen stark gekürzt sind.

12) ESSER, Lb § 35.3: "positive Handlungspflichten"; KÜPCKE, S.66: "Pflicht zu positiven Maßnahmen"; Staudinger-KESZLER, Anm.38 vor § 705: "positive Leistungspflicht", Anm.35b: "positive Hauptpflichten"; SCHILLING, JZ 1953,489 ff(492); FEHRENSSEN, S.81: "Pflicht zu positivem Handeln"; FEHRENSSEN, S.68: "positive Pflicht", Interessen wahrzunehmen; Schweizerisches Recht; GLOOR, S.6 FN 19: "positive Handlungen"; RAAFLAUB, S.14: "positives Verhalten".

13) So ausdrücklich: FEHRENSSEN, S.68,80; Schweizerisches Recht:

noch nicht einmal die Regel, daß die positiven Treuepflichten als für die Parteien einschneidender und wirtschaftlich bedeutender anzusehen sind. Auch eine Unterlassungspflicht¹⁴ kann eine spürbare Belastung für den Pflichtigen bedeuten.

2. Gelegentlich wird die positive Treuepflicht als Leistungspflicht¹⁵, Pflicht zu Nebenleistungen¹⁶, positive Leistungspflicht¹⁷ oder Treuleistungspflicht¹⁸ bezeichnet. Diese Umschreibungen sind nur zutreffend, wenn ihnen nicht der weite Leistungsbegriff des § 241 BGB zugrundegelegt wird, nach dessen Satz 2 die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann¹⁹. Außerdem muß man sich im Einzelfall vergegenwärtigen, ob von der Verpflichtung des Schuldners oder dem Recht des Gläubigers die Rede ist. Seit langem ist nämlich anerkannt, daß der Begriff der "Leistung" auch nach dem eingenommenen Standpunkt mehrdeutig ist²⁰.

BENZ, S.22 f: Unterlassen und positives Verhalten; ZIEGLER, S.16: positive und negative Leistungspflicht; TROXLER, S.19: "Wahren" in Art.866 OR als positives Tun und Unterlassen.

- 14) ZB. die Pflicht, den Hauptversammlungsbeschluß einer Aktiengesellschaft nicht anzufechten: RGZ 146,385 ff (395 f); die Pflicht, einen Gewinnanspruch nicht oder nur teilweise zu erheben: LEHMANN GesR S.139,156; das Konkurrenzverbot der Gesellschafter: STAUDINGER-KESZLER, Anm.39 vor § 705; die Pflicht, nicht vom AG, sondern von einem Dritten Schadenersatz zu verlangen: BAG NJW 1966,1534 ff (1536)
- 15) WOLANY, GmbH S.106; Schweizerisches Recht: GLOOR, S.6 f.
- 16) ESSER, Lb § 30.5; EICHLER, S.28; HUBMANN, S.40.
- 17) STAUDINGER-KESZLER, Anm.38 vor § 705; Schweizerisches Recht: ZIEGLER, S.16.
- 18) KÖPCKE, S.118.
- 19) Vgl. zutreffend daher im Schweizerischen Recht: ZIEGLER, S.16, der von einer genossenschaftlichen Treuepflicht als positiver und negativer Leistungspflicht spricht.
- 20) LEHMANN, Unterlassungspflicht, S.53,56 ff (1906); KRÖGER, Nebenl., S.6 (1935); OERTMANN, AcP 116,1 ff (14) (1918); SIBER, JherJb 50,55 ff(177); TRAUTMANN, GruchB 59,434 ff(438) (1915); HIMMELSCHIEIN, AcP 135,255 ff (284 f); GÖRISCH, S.11 f; SPÄTH, S.149 f.

Den Gläubiger interessiert grundsätzlich nur der Erfolg, das Endergebnis des schuldnerischen Bemühens²¹, wie § 241 BGB zeigt.

Vom Standpunkt des Schuldners ist die "Leistung" dagegen sein gesamtes Verhalten, zu dem er durch das objektive Recht verpflichtet ist, und damit nicht nur der Leistungserfolg, sondern auch die ihm zugemutete Willensanspannung und Tätigkeit, die er entfalten muß, um diesen Erfolg zu verwirklichen²². Von diesem Standpunkt geht - anders als § 241 BGB für den Gläubiger - das Gesetz in § 242 BGB aus.

Die vorliegende Arbeit soll sich jedoch nicht auf die Untersuchung von Leistungen aus der Treuepflicht im Sinne der §§ 241, 242 BGB beschränken, sondern auch das dem Schuldner bei den Vorbereitungshandlungen obliegende Verhalten erfassen, das im Sinne dieser Vorschriften noch keine Leistung²³ darstellt.

3. In diesem Rahmen muß die wirtschaftlich bedeutsamste Frage dahin gehen, ob die positive Treuepflicht den Schuldner sogar zu Aufwendungen zwingen kann und wer diese zu tragen hat.

Um die Untersuchung nicht durch den rechtstechnischen Gebrauch des Begriffes in irgendeiner Gesetzesvorschrift von vornherein einzuengen und auf bestimmte Ersatzmöglichkeiten, wie etwa § 670 BGB, zu beschränken²⁴, soll "Aufwendung" zunächst mit dem Sprachgebrauch des Alltags definiert werden als jedes Opfer an vermögenswerten Gütern, um einen bestimmten (tatsächlichen oder rechtlichen) Erfolg zu erreichen²⁵.

21) SIBER, aaO S.173: das "Bekommensollen des Gläubigers".

22) LEHMANN, Unterlassungspflicht, S.56 ff; GÖRISCH, S.11; nach SIBER, aaO S.173: das "Leistensollen" des Schuldners.

23) SIBER, aaO; KRÖGER, Nebenl., S.2.

24) Zum Aufwendungsbegriff des § 670 BGB: STAUDINGER-NIPPERDEY, § 670 Anm.2.

25) ARKENAU, S.4; CLORIUS, S.2; DEGENER, S.21.

III. Grenzen

1. In den bisherigen Arbeiten zur Treuepflicht wurden im wesentlichen Einzelpflichten für bestimmte Rechtsverhältnisse²⁶ erörtert. Neben methodischen Mängeln²⁷ liegt die Gefahr eines solchen Vorgehens darin, daß Erkenntnisse aus anderen Einzeluntersuchungen nicht berücksichtigt werden und im Laufe der Zeit widersprüchliche Entwicklungen auftreten. Anliegen dieser Arbeit ist es daher, die allgemeingültigen Erkenntnisse der bisherigen Untersuchungen auf dem Gebiete des Zivilrechts herauszufinden, auf ihre gegenseitige Vereinbarkeit zu prüfen und insbesondere zu erwägen, ob nicht gerade eine Eigenart des untersuchten Rechtsverhältnisses die fragliche Abweichung veranlaßt hat. Lassen sich weitgehende Gemeinsamkeiten für die Treuepflicht des Zivilrechts finden, wäre damit die von FECHNER²⁸ nicht näher begründete These bewiesen, daß es ebenso wie eine "unteilbare" Treue auch nur eine Treuepflicht gibt, die sich in verschiedenen Abstufungen verwirklicht.

2. Da sich die Untersuchung auf das Zivilrecht beschränkt, so ist zu fragen, ob die besonders zahlreichen Äußerungen zur Treuepflicht im Arbeitsrecht hierher gehören. Es geht dabei um das Problem, ob (nicht wenigstens) das Arbeitsverhältnis seine Grundlagen im bürgerlichen Recht²⁹ findet oder ob dem (gesam-

26) Vgl. für die Gesellschaft die Dissertationen von: BLOMEYER, BRÜGGEMANN, GEIB, KNÖPFEL, WÖLBING, im schweizerischen Recht: BENZ, GLOOR; für das Arbeitsverhältnis: HAUCK, v. HUMMEL, KLINK, KLOPFER, KULL, im schweizerischen Recht: RAAFLAUB; für die Aktiengesellschaft: HUBMANN und die Habilitationsschrift FECHNERS.

27) s.u. 2.Kap. 2 a).

28) FECHNER, S.25.

29) DERSCH, RdA 1958,441 ff(441); SIEBERT, RdA 1958,366 ff (367); MAYER-MALY, JZ 1961,205 ff(206) und 553 ff (556); ISELE, AuR 1964,161 ff(161); GAUL, NJW 1966,329 jeweils mit Nachw.; unter "Beachtung der Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses": SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, vor § 611 Anm. 7,11; KRELLER, ZAKDR 1938,302; FREY, RdA 1955,49 f; TRIESCHMANN, AuR 1962,97 ff(98); KULL,S.22; KLINK,S.4; WITZLEBEN,S.3; im schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.1 f, 9,15.

ten) Arbeitsrecht Eigenständigkeit³⁰ zuzubilligen ist. Wie beim öffentlichen Recht wäre für ein eigenständiges Arbeitsrecht zumindest der unmittelbare Rückgriff auf die "rechtstheoretische Reserve der Zivilistik"³¹ versperrt. Eingehende Analogieuntersuchungen könnten erforderlich sein.

Das Bundesverfassungsgericht³² sieht im Arbeitsrecht ein eigenständiges Rechtsgebiet, das neben dem bürgerlichen Recht steht. Der entscheidende Grund dafür wird von ihm darin gesehen, daß "der schuldrechtliche Arbeitsvertrag immer mehr zu einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis"³³ werde.

Dies ist auch die Begründung anderer Äußerungen³⁴, nach denen bestimmte Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches unanwendbar und andere nur entsprechend anzuwenden sein sollen³⁵.

Überraschenderweise wird jedoch das "personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis" auch in nicht-arbeitsrechtlichen Beziehungen wie z.B. der Personalgesellschaft³⁶, als Grundlage der Treuepflicht genannt. Deswegen bestehen nicht nur keine Bedenken, sondern besonderer Anlaß, das Arbeitsrecht in die Untersuchung einzubeziehen.

30) NIKISCH, Lb I § 6 (S.45 ff); MAUS, Hdb V, S.60; ders., Arbverh., S.128 ff; ERDSIEK, NJW 1961,647 ff(648); KLEIN, R., S.5.

31) ISELE, AuR 1964,161 ff(162); ferner HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I § 48 I 1 FN 6.

32) BVerfGE 7,342 ff(350 f) läßt offen, ob es nicht beginne, "eine dritte Säule des Rechtslebens zu werden" neben dem öffentlichen und dem privaten Recht.

33) BVerfG aaO, S.349; zust. ERDSIEK, aaO, mit dem Hinweis auf Art.74 Nr.12 GG.

34) BGHZ 10,187 ff(190); DERSCH, RdA 1958,441 ff(447); v. WITZLEBEN, S.3.

35) ZB. § 670 BGB; BAG NJW 1963,1221 mit umfangr.Lit.nachw.

36) s.u. 4.Kap. III.

2. Kapitel: Die Methode

1. Die Mittel, mit deren Hilfe wir eine Antwort auf die Frage nach positiven Treuepflichten finden wollen, richten sich - wie stets - nach dem untersuchten Gegenstand. Deshalb gilt es, die Rechtsnatur der Treuepflicht zu bestimmen.

Da weder der Begriff für sich noch die Aussage, eine bestimmte Person "schulde Treue", sei "treuepflichtig", zur vollziehbaren Rechtsanwendung³⁷ tauglich ist, könnte man die Treuepflicht als Generalklausel bezeichnen³⁸. Gleiches gilt, wenn man mit WERNER³⁹ die Generalklausel durch "eine betontere Hinwendung zu einer öffentlichen Rechtsmoral" gekennzeichnet sieht, denn die Treuepflicht enthält den ethischen Begriff der Treue.

Nun hat allerdings WURCHE⁴⁰ nachgewiesen, daß es keine befriedigende Definition der Generalklausel gibt. Diesem Begriff liegen vielmehr unterschiedliche Vorstellungen zugrunde, die aber fast ausnahmslos nicht offenbart werden. Eine besondere Schwierigkeit liegt dabei in der Abgrenzung zum sog. unbestimmten Rechtsbegriff⁴¹. Mit ihr haben wir uns jedoch nicht auseinanderzusetzen, da die Treuepflicht nicht Tatbestandsmerkmal einer Norm ist⁴², sondern einen besonderen Tatbestand umfassend regeln soll⁴³.

Letztlich mag die Einordnung der Treuepflicht im einzelnen dahinstehen. Als Kennzeichnung genügt hier, daß es sich um einen ausfüllungsbedürftigen Begriff handelt, zu dessen Anwendung die Subsumtion nicht ausreicht⁴⁴.

37) MERZ, AcP 163,305 ff(323).

38) WIEDEMANN, S.56; STAUDINGER-KESZLER, Anm.32 vor § 705.

39) WERNER, Verhältnis, S.7.

40) WURCHE, S.3 ff; vgl. auch den neuerlichen Definitionsversuch bei WERNER, aaO, S.6.

41) WERNER, aaO; ENGISCH, Konkretisierung, S.79 FN 10.

42) So zur Definition des unbestimmten Rechtsbegriffs: WERNER, aaO, S.7; s.a. WESTERMANN, Vortrag referiert in AcP 152, 445 ff(445) Treu und Glauben als unbestimmter Rechtsbegriff in der Generalklausel des § 242 BGB.

43) Was in den folgenden Kapiteln noch nachzuweisen sein wird.

2. Das Mittel, mit dessen Hilfe solche Begriffe anwendbar gemacht werden, wird heute gemeinhin in der sog. "Konkretisierung"⁴⁵ gesehen. Nach wie vor ist erforderlich zu erklären, was unter diesem unbestimmten Begriff verstanden wird, da die Unterscheidung von "konkret" und "abstrakt" höchst vieldeutig ist⁴⁶.

Einigkeit herrscht über das Ziel der Konkretisierung⁴⁷. Durch eine "Sinnentfaltung" des ausfüllungsbedürftigen Begriffs, regelmäßig einer Generalklausel, sollen auf ihm beruhende Entscheidungen nachprüfbar und willkürlicher richterlicher Festsetzung entzogen werden⁴⁸. Dagegen bestehen Meinungsverschiedenheiten, wie weit auf diesem Wege fortgeschritten werden soll.

a) Die "kasuistische Methode"⁴⁹ will spezifische Fallgruppen bilden⁵⁰. Ihr entspricht es, wenn bisher durchweg die einzelnen Treuepflichten der Gesellschafter, der Arbeitnehmer, der Aktionäre etc.⁵¹ untersucht wurden. Das grundsätzliche Bedenken

44) Was LARENZ, JZ 1962, 105 ff(106) ebenfalls als ein Merkmal einer Generalklausel beschreibt.

45) ENGISCH, Konkretisierung, S.1, 79; WIEACKER, § 242 (S.20); WIEDEMANN, S.62 für die arbeitsrechtliche Treuepflicht; LARENZ, Kennzeichen, S.2 und JZ 1962, 105 ff(106) (für die Generalklauseln); ebenso MERZ, AcP 163, 305 ff(328); OBERMAYER, NJW 1966, 1885 ff(1887 und FN 39).

46) ENGISCH, aaO, S.1.

47) LARENZ, JZ 1962, 105 ff(106).

48) ENGISCH, aaO, S.79: Bestimmtheit, soweit Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit es fordern; MERZ, aaO, S.328: Ziel: vollziehbare Rechtsanwendung.

49) So genannt von ENGISCH, aaO.

50) So insbesondere LARENZ, aaO.

51) s.o. Anm.26.

gegen dieses Vorgehen besteht in der unvermeidlichen Lückenhaftigkeit⁵² der typischen Fallgruppen. Die Besonderheiten des Einzelfalles können, worüber wiederum Einigkeit besteht⁵³, durch sie nicht erfaßt werden. Die Gefahr liegt darin, unzulässigerweise das Allgemeine (die Fallgruppe) mit dem Konkreten (dem Einzelfall) gleichzusetzen. Außerdem entstehen Gefahren aus der Art und Weise, in der diese Fallgruppen gewonnen werden. Beschränkt man sich auf die Sammlung und Systematisierung der "beispielgebenden Entscheidungen"⁵⁴ der Rechtsprechung⁵⁵, so hilft die Entdeckung der in ihnen enthaltenen Leitsätze und Bewertungsgrundsätze nicht weiter, wenn möglicherweise bereits die unbesehen übernommene Entscheidung unzutreffend war. Wie LARENZ⁵⁶ selbst bemerkt, bedeutet sogar die allgemeine Zustimmung (und damit eingeschlossen eine einhellige Rechtsprechung) noch keine Gewähr für eine geglückte⁵⁷ Rechtsfortbildung. Größere Sicherheit wäre allenfalls durch eine unabhängige Kontrolle dieser Fallgruppen der Rechtsprechung in der Weise zu erwarten, daß die Wissenschaft selbständig die Problemstellung herausarbeitete und dazu typische Fälle bildete. Bei der bereits angeführten unvermeidbaren Lückenhaftigkeit der Kasuistik bleibt aber auch bei einem solchen Vorgehen der theoretische und praktische Wert zweifelhaft, sofern nicht in erster Linie auf die Leitgedanken abgestellt wird, die erst die Lösung jener Fälle ermöglichen, die nicht "typisch" sind.

b) Der "kasuistischen Methode" kann eine Arbeitsweise gegenübergestellt werden, die als "analysierende Methode" zu bezeichnen wäre. Danach sind zur Sinnentfaltung eines ausfül-

52) Daher zu Recht auch ablehnend: ENGISCH, aaO; im schweizerischen Recht: GLOOR, S.8, FN 25.

53) WIEDEMANN, S.62; LARENZ, aaO; im schweizerischen Recht: GLOOR, S.8.

54) LARENZ, aaO.

55) LARENZ, aaO, unter gleichrangiger Einstufung der "allgemeinen Grundgedanken": Kennzeichen, S.2.

56) LARENZ, Kennzeichen, S.4.

57) Im LARENZschen Sinne: Kennzeichen, S.13; hier insbesondere einer Übereinstimmung mit der Rechtsordnung.

lungsbedürftigen Begriffs Allgemeinbegriffe einer gewissen Abstraktionshöhe zu schaffen. Sie sind nicht sinnentleert, weil sie einmal die Richtung des Inhalts dieses Begriffs andeuten und zum anderen das Verhältnis der einzelnen Begriffsmerkmale zueinander ausdrücken⁵⁸.

Auch ein solches Vorgehen ist nicht ohne Gefahr. Sie liegt darin, daß die Unterbegriffe nur aus Gefallen an einer juristischen Konstruktion festgesetzt werden. Darüber würde vergessen, in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung das materielle Rechtsprinzip zu verwirklichen⁵⁹, das dem ausfüllungsbedürftigen Begriff zugrundeliegt. Dieses Ziel läßt sich nur erreichen, wenn die typischen Fälle berücksichtigt werden, die das mit dem Begriff umschriebene Problem enthalten. Das werden regelmäßig von der Rechtsprechung entschiedene Fälle sein. Sie interessieren aber nur insoweit, als in ihnen besonders deutlich die Notwendigkeit einer theoretischen Klärung und Beschreibung des in ihnen angesprochenen Problems hervortritt, nicht jedoch weil ihr Ergebnis in irgendeiner Weise bindend oder weil ein "Gleichmaß der Entscheidungen"⁶⁰ zu erzwingen wäre. Das Ziel einer Konkretisierung der Treuepflicht, wie sie als Vorbedingung für die Hauptfragen dieser Arbeit angestrebt wird, besteht folglich darin, Regeln, Leitsätze und Untersätze zu bilden, die sich auf typische Tatbestände beziehen⁶¹.

58) Siehe als Beispiel bei ENGISCH, Konkretisierung, S.175 die Definition des strafrechtswissenschaftlichen Verbrechensbegriffs als tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhaft Handlung.

59) Was LARENZ, Kennzeichen, S.13 als Anforderung an eine gelungene Rechtsfortbildung nennt, zu der er (S.5) auch die arbeitsrechtliche Treue- und Fürsorgepflicht rechnet.

60) So aber LARENZ, Kennzeichen, S.2.

61) So allgemein für Generalklauseln: MERZ, AcP 163,305 ff (328); das ist im Ziel nicht verschieden von dem WIEACKERS, § 242, (zB S.36 f), der Treu und Glauben in drei "Funktionsschichten" konkretisiert.

Dabei bleibt jedoch noch die Besonderheit zu beachten, daß es sich bei der Treuepflicht nicht um einen im Gesetz enthaltenen Begriff handelt, der damit bereits seinen festen Platz in dessen Systematik hätte und dessen Inhalt daher nur noch auszufüllen bliebe. Bei solch einem vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen Institut ist eingehend zu prüfen, ob seine Problematik nicht schon durch Gesetzesinstitute erfaßt und gelöst wird und ob in Rechtsprechung und Literatur entwickelte Lösungen nicht im Widerspruch zu den Wertungen des Gesetzes stehen.

c) Lange Zeit wurde bezweifelt, ob dieses soeben allgemein umschriebene Ziel einer Konkretisierung für die Treuepflicht⁶³ und den mit ihr zusammen genannten Grundsatz von Treu und Glauben erreichbar sei.

Die Bedenken wurden vor allem aus der "unendlich mannigfaltigen Gestalt"⁶⁴ hergeleitet, die die Pflichten im Einzelfall annehmen könnten⁶⁵ und deren Zergliederung zu einem "systemwidrigen aktionenrechtlichen Normativismus"⁶⁶ führen würde.

Aber immerhin hoben WEILBAUER⁶⁷ und HEDEMAN⁶⁸ für den Grundsatz von Treu und Glauben schon drei Gruppen ergänzender Vertragspflichten besonders hervor, die in der Praxis häufig wiederkehrten und typisch genannt werden könnten. Nach den grundlegenden Arbeiten von SIEBERT⁶⁹ und WIEACKER⁷⁰ wird heute

63) DIETZ, Festschr.f.Hedemann, S.330 ff(330); GEIB, S.97; v.WITZLEBEN, S.41.

64) KULL, S.30; WEILBAUER, S.33 (für Treu und Glauben).

65) GEIB, S.97; MÜLLER,Fr., S.15; heute noch: BRÜGGEMANN,S.6: nicht im voraus bestimmbare, wechselnde Wertvorstellungen der Allgemeinheit; KLEIN,R., S.43.

66) SIEBERT, DR 1934,537 ff(539).

67) WEILBAUER, S.33.

68) HEDEMAN, Reichsgericht, S.323 ff.

69) SIEBERTs Kommentierung des § 242 BGB in der 9.Auflage des SOERGEL-SIEBERT.

70) WIEACKER, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB.

nicht mehr an der Möglichkeit zu zweifeln sein, die begrifflichen und funktionellen Elemente dieses Grundsatzes zu analysieren⁷¹.

Dabei ist in Kauf zu nehmen, daß wegen der Vielfalt der Erscheinungsformen für § 242 BGB nicht zu festen tatbestandlichen Voraussetzungen zu gelangen ist. Aus häufig wiederkehrenden Gestaltungen sind vielmehr nur Erfahrungssätze zu gewinnen, die nicht auf jeden konkreten Streitfall reinlich passen⁷².

Was sich damit für den Grundsatz von Treu und Glauben als methodisch möglich erwiesen hat, kann aber auch für den Allgemeinbegriff der Treupflicht nicht als von vornherein ungangbar angesehen werden.

71) ENNECCERUS-LEHMANN, Lb § 4 II 5 (S.23); ESSER, Lb § 31.1c; STAUDINGER-WEBER, § 242, Anm. A 112; HUBMANN, S.45.

72) WIEACKER, § 242, S.20; SIEBERT, Verwirkung, S.121; LARENZ, Lb I § 10 I (S.106) und JZ 1962, 105 ff(106); WIEDEMANN, S.63 für die arbeitsrechtliche Treupflicht; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.2; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 168.

Erster Hauptteil

3. Kapitel: Mittel der Konkretisierung

I. Die Etymologie

Für den Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB vertritt WEBER⁷³ die Ansicht, der Bedeutungsinhalt könne durch eine etymologische⁷⁴ Untersuchung gefunden werden. Es liegt nahe, für die sprachlich verwandte Treuepflicht ähnliches zu versuchen.

Für einen im Gesetz enthaltenen Begriff wie Treu und Glauben mag ein solcher Weg gangbar sein und zumindest zu einem Hinweis⁷⁵ führen. Seine Verwendung im Gesetz läßt es als möglich erscheinen, dessen sonst dunkel liegende Ordnungs- und Wertvorstellungen zu erschließen, da regelmäßig auch bei Rechtsbegriffen der "Sprachkern" mit dem des entsprechenden Wortes der Umgangssprache übereinstimmt und damit zugleich den Kern der Sache erfaßt.

Diese Überlegungen können jedoch nicht ohne weiteres auf die Treuepflicht übertragen werden, da der Begriff nicht im Gesetz enthalten ist⁷⁶.

Bei der Bezeichnung dem Gesetz unbekannter Institute besteht im besonderen Maße die Gefahr, den Kern der Sache nicht zu

- 73) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 123; STECHER, S.28; abl. HUECK, Treueged.i.m.Privat.,S.8; ihm folgend: BRÜGGEMANN, S.17.
- 74) Etymologisch bedeutet "Treue" soviel wie Verlässlichkeit in der Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen gegenüber dem anderen: SOERGEL-SIEBERT, § 242 Anm.5 mit weit.Nachw.; ELSTER, HRW VI, S.54 ff(55).
- 75) WIEACKER, § 242, S.20 Anm.39; FECHNER, DRZ 1949,95 f. in der Besprechung von HUECK, Treueged.i.m.Privat.; HUBMANN, S.10; dabei sind allerdings im besonderen Maße die Gefahren einer Begriffsjurisprudenz zu sehen, zu rechtlich bindenden Ableitungen aus einem Begriff zu gelangen.
- 76) Jedenfalls müßte vorher nachgewiesen werden, daß auch die Treuepflicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herzuleiten ist. Das setzt aber schon die gewünschte Inhaltsbestimmung voraus.

treffen: Die vor allem angestrebte Ordnungsfunktion - schnelle Verständigung unter den Eingeweihten - erfüllt auch eine sachlich unzutreffende Bezeichnung.

Eine etymologische Deutung wäre daher zwecklos, wenn nicht vorher die Behauptung BLOMEYERS⁷⁷ widerlegt würde, daß das Wort "Treuepflicht" ganz willkürlich gewählt sei und man die Treuepflicht verschiedentlich auch anders bezeichne.

Hier ständen Inhalt und Form sich weitgehend beziehungslos gegenüber, wie wir dies etwa bei dem ebenfalls außerhalb des geschriebenen Rechtes entwickelten Institut der sog. positiven Vertrags- bzw. Forderungsverletzung⁷⁸ finden. Da bereits eine inhaltliche Bestimmung erforderlich wäre, um festzustellen, daß "Treuepflicht" überhaupt die sachlich treffende Bezeichnung des durch sie umschriebenen Problems ist, könnte eine begriffliche Deutung nur noch die Ergebnisse bestätigen, aber nicht zu ihnen führen.

II. Der Vergleich mit dem schweizerischen Recht

1. Eine Hilfe bei der Konkretisierung kann dagegen von einem umfassenden Vergleich mit der Behandlung der Treuepflicht im Recht der Schweiz erwartet werden. Zwar ist - wie stets bei einem Vergleich - nicht zu hoffen, gleich fertige Ergebnisse vorzufinden oder gar eine Kopie übernehmen zu können, die den Bedürfnissen des deutschen Rechts entspricht. Aber der Gewinn ist darin zu sehen, daß uns ausländische Vorbilder zeigen, wie dort die Notwendigkeiten erkannt und berücksichtigt worden sind⁷⁹.

Bei der Treuepflicht handelt es sich zudem, wie noch zu zeigen ist⁸⁰, um eine grundlegende Frage, die sich jeder Rechtsordnung

77) BLOMEYER, S.34 mit Nachw.

78) Vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 421 f m.Lit.nachw.

79) Siehe BGHZ 9,157 ff(174), wo Art.822 Abs.4 OR als Vorbild für die Ausschlussklage gegen einen GmbH-Gesellschafter wegen Treupflichtverletzung genannt wird; schweizerisches Recht: HUBER-MUTZNER, S.67.

80) Siehe das 4.Kap.

stellt und die daher für eine Rechtsvereinheitlichung in Frage käme. Solche Rechtsgebiete sind aber besonders zum Vergleich geeignet, vor allem wenn dies in Rechtsordnungen mit vergleichbarer technisch-zivilisatorischer Entwicklungsstufe geschieht⁸¹.

Die größere Einfachheit und Volkstümlichkeit der schweizerischen Rechtsprechung und Gesetzgebung, die dem Charakter des Staatswesens entsprechen⁸², vermögen gerade bei den Problemen der Treuepflicht die oft zu große Abstraktion und Lebensferne unserer Theorie bewußt zu machen.

2. Das schweizerische Recht kennt allerdings wie das deutsche keine Bestimmung, die den Begriff "Treuepflicht" enthält. Artikel 2 ZGB⁸³ entspricht § 242 BGB. Eine gegenüber dieser Bestimmung selbständige Regelung⁸⁴ einer Treuepflicht wird jedoch in mehreren Vorschriften⁸⁵ gesehen, vor allem in Artikel 866 OR⁸⁶. Andere Treuepflichten gehen zwar aus gesetz-

81) ZWEIGERT, RabelsZ 15,5 ff(12) (1949); SPÄTH, S.143 FN 48.

82) HUBER-MUTZNER, S.10 f.

83) Art.2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10.12.1907 lautet: "Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. - Der offenbare Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz".

84) RAAFLAUB, S.17 (allg.Meinung); dabei soll hier offen bleiben, ob es sich auch um eine sachliche Verschiedenheit handelt.

85) ZB. dort, wo statt von "Treu und Glauben" wie in Art.24 Nr.4; 156; 336 (1); 352 (2); 415 OR die Rede ist von "guten Treuen": zB. Art.92 ZGB; 8 (2); 215 (1); 304 (2); 546 (2); 547 (2) OR; zB. die Treuepflicht der Ehegatten in Art. 159 (3) ZGB; des Genossenschafters in Art. 866 OR; des Beauftragten in Art.398 (2) OR; vgl. zum Vorstehenden: RAAFLAUB, S.11,17 ff.

86) In das Schweizerische Obligationenrecht vom 30.März 1911 wurde bei der Reform vom 18.12.1936 auf Anregung EGGERS der jetzige Art.866 aufgenommen: "Die Genossenschaftler sind verpflichtet, die Interessen der Genossenschaft in guten Treuen zu wahren"; vgl. zur Reformgeschichte: Schweizerisches Recht: ZIEGLER, S.46 f; GUTZWILLER, Komm. III, Rechtl. Grundl. Rdnr.79 (S.68).

lichen Bestimmungen nicht ausdrücklich hervor, werden jedoch von Praxis und Lehre anerkannt⁸⁷.

Die schweizerische Theorie hat sich nur sehr zögernd⁸⁸ mit der zunächst wenig greifbaren Treuepflicht auseinandergesetzt. Selbst zur Zeit übertriebenen Gebrauchs im benachbarten Deutschland suchte sie die Probleme ohne dieses Institut zu lösen. In der Gerichtspraxis ist noch heute eine derartige Zurückhaltung festzustellen. So findet sich nur ein Urteil des schweizerischen Bundesgerichts, in dem die Treuepflicht des Genossenschafters - und selbst dann nur neben dem Grundsatz von Treu und Glauben - entscheidungsstützend herangezogen wurde⁸⁹.

III. Das Verhältnis der Treuepflicht zur Ethik

1. Der ganz überwiegende Teil der Äußerungen zur Treuepflicht bezeichnet sie in unterschiedlichen Formulierungen als ethi-

87) ZB. die Treuepflicht des Gesellschafters, des Kommissiönärs, des Arbeitnehmers; vgl. Schweizerisches Recht: RAAF-LAUB, S.11,19 mit Nachweisen.

88) Die Kommentierung SIEGWARTs der Art.530 bis 619 ZGB im Kommentar zum ZGB Bd.V Obligationenrecht, 4.Teil: Die Personengesellschaften, Zürich 1938, schweigt sich über Treuepflichten ganz aus; noch 1939 konnte FROMER, ZSR 1939, 210 ff(219 f) zur Treuepflicht des Aktionärs keine einzige Abhandlung, sondern nur die Entscheidung BGE 41 II Nr.77 (1915) finden, die diesen Begriff aber ebenfalls nicht kennt; GUTKNECHT in seiner Dissertation aus dem Jahre 1937 und ZUMBÜHL in seiner 1944 erschienenen Dissertation verwenden noch nicht den Begriff "Treuepflicht"; ZUMBÜHL, S.6 spricht von "korporationsrechtlichen Leistungspflichten" in der Genossenschaft für außergesetzliche Verpflichtungen; weitere Nachweise bei BENZ, S.5 FN 11.

89) BGE 89 II 138 ff (1963) (Verlust des Kündigungsrechts); zur Treuepflicht des Werkunternehmers, Wettbewerb zu unterlassen: BGE 77 II 263 ff (266 f) (1951), S.267: einem Verstoß gegen Treu und Glauben völlig gleichgesetzt.

sches Prinzip, das im Recht Geltung erlangt habe⁹⁰.

Für die Frage, ob diese behauptete ethische Herkunft eine Konkretisierung hindert⁹¹ oder fördert, lassen sich zwei Lösungswege sehen. Einmal kann zunächst für die Ethik untersucht werden, ob es dort eine Verpflichtung zur Treue gibt und - danach - ob diese auch rechtlich anerkannt ist und mit welchen Folgen. Dieser Weg wird überwiegend gewählt. (Dazu unter 2.) Zum zweiten kann man vom Recht ausgehen, indem man für dort vorgefundene Probleme einzelner Institute oder Rechtsgebiete Lösungen sucht. Hierbei können für Probleme und Lösungen willkürliche "Arbeitsbezeichnungen" gewählt werden⁹², die insbesondere noch keinen Bezug zu ethischen Begriffen enthalten⁹³. Erst danach wird gefragt, ob und welche der Lösungen ganz oder teilweise mit ethischen Forderungen übereinstimmen. So mag man dahin gelangen, bestimmte Pflichten, die ein der ethischen Treue entsprechendes Verhalten fordern, Treuepflichten zu nennen. (Hierzu unter 3.)

- 90) FECHNER, S.22, 10 FN 3; HUECK, Treueged.i.m.PrivatR., S.6, 9; ihm folgend: KLINK, S.12; SCHMUTZER, S.77; WEICHNER, S.14; ferner: WOLANY, GmbH, S.171; BERGMANN, ZHR 105, 1 ff(11); sittlicher Begriff: REISCHACH, S.15; GEIB, S.9; WÖBING, S.10; Schweizerisches Recht: GUTZWILLER, Komm.III Rechtsgrdl. Rdnr.86 (S.72): "Binnenethik" der Genossenschaft; BENZ, S.16: außerrechtliche Prinzipien als Grundlage der Treuepflicht; GLOOR, S.11 FN 2; RAAFLAUB, S.10; ZIEGLER, S.48; abl.: KÜSTER, S.63: Treue nur Faktor für rechtsethische Wertung; KLOPPER, S.61: rechtlich nicht möglich, zum Besitz der Treue zu verpflichten.
- 91) Nach GEIB, S.97 soll sie als innere Haltung überhaupt nicht konkretisierbar sein.
- 92) ZB.: Gesellschafterpflicht; Rücksichtspflicht; Interessenwahrungspflicht (ESSER, Lb § 33.2, § 145.7); Zweckförderungspflicht (KNÖPFEL, S.41 Anm.3); Ordnungspflicht (KLEIN, R., S.101)
- 93) Mißverständnisse werden erst möglich, wenn ethische Begriffe als Rechtsbegriffe für Institute verwandt werden, die keinen ethischen Gehalt haben (ein Extrem wären Formvorschriften).

2. Nachvollziehbar und einer Konkretisierung förderlich können nur diejenigen Ableitungen der Treuepflicht aus der Ethik sein, die zunächst den Inhalt der ethischen Treueforderung bestimmen⁹⁴ und danach die Frage klären, ob und wieweit sie vom Recht übernommen werden kann und übernommen worden ist. Schon die erste Voraussetzung erfüllen zahlreiche Äußerungen nicht⁹⁵. Dieser Fehler wird in den Arbeiten FECHNERS und HUECKs vermieden.

a) FECHNER hat in seiner Habilitationsschrift als erster versucht, die ethische Treue als auch vom Recht geforderte sittliche Eigenschaft mit der Folge von Treuepflichten (der Aktiönäre) nachzuweisen.

Die ethische Treue definiert er als Eigenschaft des Vertragsschließenden oder Versprechenden, der an seinem Wort festhalte, als Tugend der Festigkeit⁹⁶. Er behauptet⁹⁷, Versprechen und Vertrag setzten die Treue als sittliche Eigenschaft voraus, wenn sie einen Sinn haben sollten. Der sittliche Gedanke solle dort wirken, wo Dauer und persönliche Nähe eine vorherige Festlegung der Rechte und Pflichten erschwerten⁹⁸.

Damit werden zwar zwei Anlässe umschrieben, bei denen möglicherweise auch vom Recht eine Treue im Sinne FECHNERS zu fordern ist⁹⁹. Über den Inhalt der sich daraus ergebenden Anforderungen wird aber nicht mehr gesagt, als daß er aus dem sittlichen Gedanken gestaltet werden solle.

94) HUECK, Treueged.i.m.Privatr.,S.6 weist zu Recht darauf hin, daß das Wort "treu" schon sprachlich in sehr verschiedenen Abstufungen gebraucht wird.

95) ZB. EICHLER, S.31; BERGMANN, ZHR 105,1 ff(11 f); KLOPFER, S.56,61.

96) FECHNER, S.8.

97) FECHNER, S.9.

98) FECHNER, S.19.

99) s.u. 4.Kap. V, IX.

Vor allem stellt sich die Frage, wie sich eine ethische zu einer rechtlichen Forderung wandeln soll.

FECHNER¹⁰⁰ sagt selbst, das Recht sei auf die verbindliche Ordnung des äußeren menschlichen Zusammenlebens abgestellt, während das Sittengesetz Gesinnungsakte fordere, die das Gute bejahen, weil es gut sei. Sittliches Handeln folge erst aus dieser Einstellung.

Er deutet damit auf die Haupteinwände gegen die rechtliche Anerkennung ethischer Pflichten.

Treue ist einmal als Geisteshaltung nicht als Gegenstand einer rechtlichen Verpflichtung denkbar. Sie kann insbesondere nicht im schuldrechtlichen Sinn geschuldet werden¹⁰¹, da eine solche Forderung nicht mit staatlichen, äußeren Zwangsmitteln durchzusetzen wäre. Ein faßbarer und damit erzwingbarer Inhalt kann sich erst aus dem Bezug auf irgendein Objekt ergeben. Unlösbare Überschneidungen müßten zudem dann auftreten, wenn der Treuepflichtige an mehreren Rechtsverhältnissen (z.B. Personalgesellschaft, Aktiengesellschaft, Ehe) beteiligt ist, die ihn jeweils umfassend "Treue schulden" ließen.

Zum anderen setzt die Treue wie jede andere ethische Pflicht die Freiheit voraus, sich für mehrere Möglichkeiten zu entscheiden. Einen ethischen Wert erhält sie erst dadurch, daß

100) FECHNER, S.17.

101) EICHLER, S.31 FN 54; HEILBRUNN, Das Arbeitsgericht 1931, 418; KLOPFER, S.61 mit Nachw. für die ältere Lit.; WÖLBING, S.81; GÖRISCH, S.7 zur "Sorgfalt" als Gegenstand einer Verpflichtung; Schweizerisches Recht: GLOOR, S.1 FN 2; die Treue selbst soll jedoch Leistungsgegenstand sein und den selbständigen Inhalt des Schuldverhältnisses bilden nach: BERGMANN, ZHR 105,1 ff(11); KLAUSING, Festschr.f.Schlegelberger, 1936,405 ff(416); REISCHACH, S.10 ff; Schweizerisches Recht: ZIEGLER, S.50; RAAFLAUB, S.14; BENZ, S.23 f, der daraus im Einzelfall sofort eine Schadensabwendungspflicht herleiten will.

ihr einem inneren Trieb folgend entsprochen wird¹⁰². Die Angst vor (äußeren) Nachteilen, wie sie gerade das Recht androht, schließt daher echte Treue aus.

Gerade weil das Recht auf die äußere Ordnung abstellt¹⁰⁰, liegt die Auffassung nahe, es verpflichte nur zu einem der inneren, ethischen Haltung entsprechenden äußeren Verhalten¹⁰³. Die entscheidende Frage, ob darüber hinaus ethische Treue als Geisteshaltung im Recht gefordert wird, läßt FECHNER¹⁰⁴ unbeantwortet, wenn er formuliert, Sittlichkeit und Recht "ergänzen" sich in ihrem funktionalen Zusammenwirken zur Vervollkommenung des gemeinschaftlichen Zusammenlebens. Die hinter dem Recht stehende Macht reiche nicht immer aus, die Forderungen des Rechts durchzusetzen. Dazu bedürfe es der sittlichen Macht von innen.

Ein notwendiger Zusammenhang von ethischer Treue und Recht¹⁰⁵ läßt sich auch damit nicht begründen. Einer solchen Argumentation ist entgegenzuhalten, daß es durchaus denkbar ist und durch die Erfahrung bestätigt wird, daß ein großer Teil der Menschen rechtlichen Forderungen nur aus Angst vor den Nachteilen genügt, die bei einer Nichtbefolgung drohen, oder aus gedankenloser Gewohnheit. Die Ausführungen FECHNERS sind damit zunächst nur rechtspolitische Zielsetzungen, deren rechtliche Anerkennung noch zu beweisen wäre. Dies wird besonders deutlich bei seiner Feststellung, die neue Wertung des Sittlichen im Recht bedeute eine entscheidende Wendung des Rechts zur Pädagogik. Es trage dazu bei, einen neuen ethischen Typus, den Rechtsgenossen als Gemeinschaftsglied, herauszubilden. Der

102) WÜLBING, S.81.

103) EICHLER, S.31 FN 54; KLOPFER, S.61; WÜLBING, S.81; Schweizerisches Recht: GLOOR, S.1 FN 2.

104) FECHNER, S.18.

105) FECHNER, aaO.

Treuegedanke stehe dabei im Vordergrund¹⁰⁶.

Als einer Konkretisierung der Treuepflicht förderliche Hinweise aus der Untersuchung FECHNERS^{98 f} bleiben damit nur zu prüfen, ob "Dauer" und "persönliche Nähe" in einem Verhältnis von der Rechtsordnung zum Anlaß genommen werden (oder werden sollten), um zumindest ein der ethischen Treue entsprechendes äußeres Verhalten zu fordern, und welche Auswirkungen dies im einzelnen hat.

b) HUECK¹⁰⁷ bezeichnet nach dem zweiten Weltkrieg in einem Vortrag die Treuepflicht ebenfalls als einen ethischen Begriff. Zur Definition der ethischen Treue verweist er auf FECHNER¹⁰⁸ und KLAUSING¹⁰⁹. HUECK¹¹⁰ fordert eine Feststellung all der Rechtsverhältnisse, für die vom ethischen Standpunkt aus eine besondere Treue zu verlangen sei, und danach eine Prüfung, ob dieser ethischen Pflicht auch eine Rechtspflicht entspreche und welchen Inhalt sie habe¹¹¹. Nur so lassen sich nach seiner Meinung konkrete Rechtspflichten mit einem dem sittlichen Gehalt der Treue entsprechenden Inhalt aufstellen.

An dieser Stelle, wo HUECK gerade nicht den Inhalt einer zuvor gefundenen ethischen Pflicht mit dem der entsprechenden Rechtspflicht vergleicht, zeigt sich, daß auch er eine Antwort

106) FECHNER, S.29; ähnlich Schweizerisches Recht: ZIEGLER, S.48: das Wirtschaftsleben erhalte wieder mehr ethischen Gehalt, das Gesetz trage bei zur Erziehung eines besseren wirtschaftlichen Menschen; RAAFLAUB, S.10: Treuegedanke zur Überwindung des "aus der Gesetzesinflation drohenden Gesetzesnihilismus".

107) HUECK, Treueged.i.m.Privat.,S.6,9; ihm folgend: KLINK, S.12.

108) FECHNER, S.11.

109) KLAUSING, Festschr.f.Schlegelberger,S.417.

110) HUECK, aaO, S.7.

111) Ähnlich BERGMANN, ZHR 105,1 ff(11): Beurteilung der konkreten Sachlage nach der ethischen Treue.

auf konkrete Fragen allein im Recht sucht und daß ihm dabei die Ethik nur den allgemeinen, einer näheren inhaltlichen Zergliederung nicht zugänglichen Leitgedanken liefert.

Nur in diesem Sinne sind auch seine weiteren Ausführungen¹¹² zu verstehen, die Rechtsordnung gestalte einzelne Normen so, daß sie inhaltlich den Anforderungen der Ethik entsprächen, oder sie nehme Normen der Sittlichkeit in sich auf und mache sie damit zu Rechtsbegriffen, so daß eine völlige Übereinstimmung von Recht und Sittlichkeit in bezug auf ihren Inhalt herbeigeführt werde, wie etwa bei den Begriffen "gute Sitten" (§ 138 BGB), "Treu und Glauben" (§ 242 BGB) und bei der Treuepflicht.

c) Die Untersuchungen FECHNERS und HUECKs beruhen auf dem Wunsch, für die Rechtsordnung eine vorausgegebene ethische Basis zu finden¹¹³, um einen Leitstern bei der Suche nach dem einzelnen Rechtssatz zu haben. Das Verhältnis der Rechtsordnung zu diesen Fundamenten bleibt jedoch ein "ewiges Rätsel"¹¹⁴.

Die Ausführungen FECHNERS zeigen die Gefahr, daß die Nahtstelle zwischen Ethik und Recht zur unkontrollierten Einlaßpforte rechtsfremder Überlegungen und Forderungen wird. Wohl deshalb wurde die Treuepflicht im Dritten Reich zum "Passepartout" des Zivilrechts.

Die ethische Treue mag ein unerläßlicher Wertungsgesichtspunkt sein, über den Forderungen der Sittlichkeit¹¹⁵ an das Recht ge-

112) HUECK, aaO, S.9.

113) HEDEMANN, Reichsgericht, S.316; KAUFMANN, Analogie, S.9 mit Nachweisen.

114) HEDEMANN, aaO.

115) WÜLBING, S.10.

stellt werden können. Eine "Subsumtionsethik"¹¹⁶ in der Art, daß ein überzeugender Beitrag zur Konkretisierung der rechtlichen Treuepflicht¹¹⁷ zu erwarten oder daß gar konkrete Rechtsentscheidungen aus solchen Wertbegriffen abzuleiten wären, gibt es jedoch nicht¹¹⁸. Es muß noch aus "anderen Quellen geschöpft werden"¹¹⁹. Das zeigt sich beispielhaft daran, daß die Untersuchung, wieweit einer sittlichen Treue eine rechtliche Treuepflicht entspricht, die Frage ungelöst läßt, wie diese von anderen Rechtsinstituten abzugrenzen ist, die ebenfalls unter Bezeichnungen bekannt sind, die das Wort "Treue" enthalten, z.B. "Treu und Glauben", "Vertragstreue"¹²⁰. Selbst FECHNER¹²¹ bezeichnet es in einer späteren Äußerung als "sehr fraglich", ob der Gesichtspunkt der Ethik geeignet sei, eindeutige juristische Unterscheidungen bei der rechtlichen Treuepflicht zu begründen.

3. a) Den zweiten Lösungsweg¹²² hat in seinem theoretischen Ansatz zuerst HUBMANN mit seiner Dissertation beschritten.

Er geht von der Erkenntnis aus, daß Recht und Sittlichkeit auf verschiedenen Grundlagen beruhen, ihre eigenen Ziele haben¹²³ und sich teilweise nicht decken¹²⁴. Man dürfe daher einen

116) Begriff bei KAUFMANN, Analogie, S.9 mit Nachweisen - vor allem im Strafrecht - für solche unzulässigen unmittelbaren Ableitungen.

117) abl. für Treu und Glauben: STECHER, S.22 f, da ethische Wertbegriffe zu allgemein seien.

118) RAISER, Festschr.f.Smend, S.246.

119) KAUFMANN, aaO; ferner RAISER, aaO,: der Richter muß selbst die Maßstäbe finden.

120) Vgl. zB. EICHLER, S.31 FN 54: äußeres treues Verhalten werde bereits vom Prinzip der Vertragstreue verlangt.

121) FECHNER, DRZ 1949,94 in der Besprechung von HUECK, Treueged.i.m.Privat.

122) s.o.unter 2); i.e. vom Recht zur Ethik.

123) HUBMANN, S.5.

124) HUBMANN, S.23 zB. bei sittlich indifferenten Formvorschriften.

sittlichen Gedanken wie die Treuepflicht dem Recht nicht einfach aufpfropfen, sondern könne sich seiner nur bedienen, wenn man ihn "wie einen verborgenen Schatz" aus den geltenden Gesetzen hebe¹²⁵.

Im ausdrücklichen Gegensatz zu HUECK¹²⁶ verneint HUBMANN¹²⁷ die Möglichkeit, daß die Rechtsordnung einen sittlichen Gedanken seinem vollen Inhalt nach übernehmen könne. Sie beschäftige sich von vornherein nur mit den Beziehungen zur Umwelt, nicht aber mit dem Innenleben der Menschen, während die Sittlichkeit den ganzen Menschen erfasse. Das Recht habe allerdings unbewußt einen Teil des sittlichen Treuegedankens übernommen und nach den ihm eigenen Regeln ausgebildet und fortgeführt¹²⁸.

Wieweit die sittliche Treuepflicht gleichzeitig Rechtspflicht sei, könne nur aus einem Vergleich der auf beiden Gebieten gültigen auf die Treue bezogenen Grundsätze gefunden werden.

Bei der Veränderlichkeit des Menschen, die aus dem Phänomen der Freiheit und der Zeit entspringe¹²⁹, sieht HUBMANN in der ethischen Treue die Eigenschaft der Beharrung und der Beständigkeit. Sie sei nach allgemeiner Meinung ihrem Ursprung nach nichts als Beharrung des Willens. Deshalb ist sie für ihn auch bei allen Dingen möglich, auf die sich der menschliche Wille überhaupt richten kann: auf ein Ziel oder eine Sache¹³⁰; eine Idee, eine Aufgabe, aber auch eine Untugend, eine schlechte Gewohnheit. Sie setzt keine Gemeinschaft oder ein irgendwie

125) HUBMANN, S.5,25.

126) s.o. 2.b); HUECK, Treueged.i.m.Privatr.,S.9.

127) HUBMANN, S.24.

128) HUBMANN, S.25.

129) HUBMANN, S.7; vgl. NICOLAI HARTMANN, Ethik, S.467: Beharrung aller Gesinnung überhaupt.

130) NICOLAI HARTMANN, Ethik, S.468; ihm folgend: HUBMANN, S.9; ferner: FECHNER, S.21; KLINK, S.76; Schweizerisches Recht: GLOOR, S.1 FN 2.

geartetes Verhältnis von Mensch zu Mensch voraus¹³¹. Damit ist die Treue eine zunächst indifferente Eigenschaft, die wie der gute Wille ihren sittlichen Wert erst durch andere Umstände erhält.

Aus der Entscheidung für einen Gegenstand entstehe aus der Beharrungskraft der Treue ein festes Verhältnis zu ihm, ein Treueverhältnis. Das Wesen desselben bestehe darin, daß der Wille immer wieder, bei allen Entschlüssen und Handlungen, die sich auf den Gegenstand bezogen, in einer der ursprünglichen positiven Einstellung entsprechenden Weise entscheide.

Inhalt und Umfang der Treue werden damit durch den Inhalt des Gegenstandes bestimmt, auf den sie sich richtet¹³².

HUBMANN¹³³ wendet sich zwar gegen die Ansicht RITTERS¹³⁴, das Recht habe nur mit einem Spiegelbild der Sittlichkeit zu tun, und verlangt echte Treue. Für seinen Ausgangspunkt¹³⁵, daß sich das Recht nur um den in Erscheinung getretenen Willen bekümmere, ist es jedoch ohne Bedeutung, ob man mit ihm¹³⁶ für die Beurteilung des äußeren Verhaltens von einer wenigstens vermuteten inneren Gesinnung (echter Treue) ausgeht oder nicht. Der von ihm¹³⁷ gesehene Unterschied zwischen sittlicher und rechtlicher Treue bleibt in jedem Fall bestehen: Während

131) HUBMANN, S.6; a.A.: KLOPPER, S.16 und WÖLBING, S.9: nur gegenüber einer anderen Person; Schweizerisches Recht: RAAFLAUB, S.10: Verbundenheit eines Rechtssubjekts gegenüber einem anderen.

132) HUBMANN, S.10.

133) HUBMANN, S.26 FN 5.

134) RITTER, JW 1934, 3029.

135) HUBMANN, S.24.

136) HUBMANN, S.26.

137) HUBMANN, S.27.

die sittliche Treue Beharrung des Willens überhaupt ist, beschränkt sich die rechtliche Treue auf die Beharrung des erkennbaren Willens über die Veränderlichkeit der Zeit, der Umstände und des Menschen hinweg¹³⁸. Die ethische Treue ist freiwillige Beharrung des Willens, während Treuepflicht eine Bindung des Willens bedeutet¹³⁹.

Diese Bindung des Willens, den "Verpflichtungsgrund zur Treue", sieht HUBMANN¹⁴⁰ in dem Vertrauen, das er mit NICOLAI HARTMANN¹⁴¹ wie die Treue als hohen sittlichen Wert anspricht. Treuepflicht sei dann gegeben, wenn ein eigener Willensakt durch Worte, durch Handlungen, durch sonstiges Verhalten, Vertrauen hervorgerufen habe. In diesem Falle fordere das erweckte Vertrauen auf Grund seiner Wirkung in die Zukunft Beharrung des Willens, fordere Treue.

b) Im Rahmen seiner auf ein anderes Ziel gerichteten Untersuchungen versucht MESTMÄCKER¹⁴² die Frage nach einer Treuepflicht des Aktionärs in methodisch ähnlicher Weise wie HUBMANN anzugehen. Er läßt nämlich die Frage nach einer Treuepflicht begrifflich offen und prüft statt dessen, ob unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Aktionären bestehen, die er dann im Einzelfall auf ihre "Tragfähigkeit", d.i. auf ihre rechtliche Bedeutung untersucht.

Es mag dahinstehen, ob er auch auf diese Weise für das Gebiet des Aktienrechts zu befriedigenden Ergebnissen gelangt. Jedenfalls hilft er bei der Frage unserer Arbeit nicht weiter, die dahin geht, welches Problem mit der Bezeichnung Treuepflicht angesprochen ist und ob es sich für mehrere Rechtsgebiete in gleicher Weise stellt.

138) HUBMANN, S.29.

139) HUBMANN, S.13; 7 FN 2; 8.

140) HUBMANN, S.15.

141) NICOLAI HARTMANN, Ethik, S.468 ff, 469: Komplementärwert der Treue.

142) MESTMÄCKER, S.348 - 351.

4. Auch die Arbeit HUBMANNs zeigt, daß von einem vom Recht ausgehenden Vergleich der Treuepflicht mit der ethischen Treue nur sehr allgemeine Hinweise zu erwarten sind, die jeweils noch eingehend auf ihre rechtliche Substanz zu untersuchen sind. Bei HUBMANN ist es die Meinung, das "Vertrauen" führe zu einer rechtlichen Treuepflicht. Der Grund, der Beharrung fordern läßt, liegt für ihn in der Veränderlichkeit von Zeit, Umständen und Menschen. Damit werden die Gefahren angesprochen, die durch diese Veränderlichkeit für die Leistung entstehen können. Diese Feststellungen treffen für jedes Rechtsverhältnis zu, da Beharrung auch erforderlich sein kann, um einen Handkaufvertrag sinnvoll zu erfüllen¹⁴³. Es fragt sich daher, ob nicht Grade der Gefährdung zu bestimmen sind und wie diesen Gefahren zu begegnen ist.

Die Definition HUBMANNs, die in der Treue nur schlicht die Tugend der Beharrung des Willens, gleich in welchem Rechts- oder sonstigem Lebensverhältnis und gleich gegenüber welchem Objekt oder welcher Person, sieht, umfaßt die Definitionen, die die Treue enger sehen, die sie also z.B. nur zu Personen oder in Gemeinschaftsverhältnissen anerkennen. Es ist daher möglich, diesen umfassenden Treuebegriff der Untersuchung zugrunde zu legen und zu prüfen, in welchen Rechtsverhältnissen und auf Grund welcher besonderen Umstände eine Beharrung des Willens der Beteiligten zu fordern ist und welche tatsächlichen und rechtlichen Folgen sie hat (Anpassung, Sonderleistungen).

143) LARENZ, Ib I § 2 I (S.6): der Begriff "Treuepflicht" bleibe einer gesteigerten Pflichtbindung vorbehalten; FECHNER, S.25: der Kaufvertrag als untere Stufe der Realisierung der Treuepflicht; HUBMANN, S.28; Schweizerisches Recht: RAAFLAUB, S.12: jeder Vertrag schließe eine gewisse Treuepflicht der Vertragspartner in sich.

IV. Die bisherigen Definitionen der Treuepflicht

Ist demnach nur von einer Untersuchung des Rechts eine Hilfe bei der Konkretisierung der Treuepflicht zu erwarten, so muß die erste Frage dahin gehen, ob Aussagen über Anlaß und Inhalt nicht aus den verschiedenen Definitionen zu erschließen sind.

Dabei fällt auf, daß sowohl in Deutschland¹⁴⁴ als auch in der Schweiz¹⁴⁵ mit nur geringfügigen Abweichungen in der Formulierung die Treuepflicht fordern soll, die Interessen des anderen Teils (z.B. Gesellschaft, Arbeitgeber) zu "wahren" und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigen könnte.

Soll eine solche Pflicht zur Interessenwahrung mehr sein als

- 144) Im Verhältnis Gesellschafter - Gesellschaft:
BGHZ 9,157 ff(163) (GmbH); OGHZ 4,66 ff(73); OLG Nürnberg WM IV 1962,731 f(731); ENNECCERUS-LEHMANN, Lb § 4 II (S.19); LARENZ, Lb II, § 56 II a (S.293); LEHMANN, GesR S.79; HUECK, OHG § 13 I (S.139) und Treueged.i.m.PrivatR. S.9,15; BAUMBACH-DUDEN, § 109 Anm.5; SCHLEGELBERGER-GESZLER, § 109 Anm.1; BETTI, Festschr.f.Müller-Erzbach, S.7 ff(20); SCHILLING, JZ 1953,489 ff(492); BLOMEYER, S.76,22; BRÜGGEMANN, S.50,76; KNÖPFEL, S.41 Anm.3; KULL, S.47; REISCHACH, S.25; STECHER, S.43,35; nur Unterlassen einer Interessenschädigung der Aktiengesellschaft und der Aktionäre durch den Großaktionär: FEHRENSSEN, S.142; allgemein für ein Gemeinschaftsverhältnis: STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 233; u.U. Wahrnehmung der persönlichen Interessen der Mitgesellschafter: BGHZ 34,80 ff(83) mit Nachw.;
- im Verhältnis Arbeitnehmer - Arbeitgeber:
HUECK, bereits im Arbeitsvertragsrecht, § 10 II 1 (S.104); in HUECK-NIPPERDEY, Lb I § 37 I (S.242) für den Arbeitnehmer, Lb I § 48 I 1 (S.390) für den Arbeitgeber als Pflichten; NIKISCH, Lb I § 34 I 1 (S.446); SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, § 611 Anm.73; STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Anm.162; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 238; KRÖGER, Nebenl., S.34; HAUCK, S.43; KLINK, S.43; KLOPPER, S.62; NOTTHOFF, S.42; v.WITZLEBEN, S.40; für den Handlungsgehilfen: SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm.38; für Ruhegehaltsempfänger nur Unterlassen einer Schädigung: OGHZ 4,227 ff(230); ebenso für die Mitglieder eines nichtrechtsfähigen Vereins: LEHMANN, GesR S.182.
- 145) Schweizerisches Recht: Im Verhältnis Gesellschafter - Gesellschaft: BENZ, S.47; in der Genossenschaft: Vgl.den Wortlaut von Art.866 OR: "in Treuen wahren"; GUTZWILLER, Komm.III Rechtsgrdl. N.83 ff (S.71); TROXLER, S.19: sowohl ein positives Tun wie ein Unterlassen; ZIEGLER,

Gegenstand einer allgemein gehaltenen, umfassenden schuldrechtlichen Verpflichtung, so kann sie nur als Forderung verstanden werden, einer besonderen, auf außergewöhnlichen Umständen beruhenden Gefährdung dieser Interessen zu begegnen. Dabei kann das "Wahren" in einem passiven Beachten, Sich-Ausrichten an diesen Interessen gedacht werden oder in einer aktiven Förderung¹⁴⁶. Was gemeint ist, ergibt sich aus der Definition nicht, auch nicht aus dem Gegensatz zur gleichzeitig erwähnten Pflicht, Schädigungen zu unterlassen.

Eine solche Definition als Pflicht zur umfassenden "Interessenwahrung" gibt für sich betrachtet daher ebenfalls keine Handhabe, um die Grenzen dieser Verpflichtung und die Mittel zu bestimmen, die zu ihrer Erfüllung einzusetzen sind. Es ist auch hier nichts damit zu gewinnen, einzelne aus dieser Grundsatzeffinition abgeleitete Pflichten, wie z.B. zur Auskunft oder zur Hilfeleistung bei Unglücksfällen, aufzuzählen. Darin wäre allenfalls ein Hinweis zu sehen, daß mit finanziellen Aufwendungen verbundene Maßnahmen nicht verlangt werden.

Gestalt kann die Treuepflicht nur aus einer Untersuchung des Anlasses oder der Anlässe gewinnen, die zu solchen Forderungen führen¹⁴⁷. Das Bedürfnis allein kann Ausmaß und Inhalt des Lösungsmittels bestimmen.

S.16,33 ff; GUHL, S.645;
in der Aktiengesellschaft: ZIEGLER, S.23 f; Interessenwahrung nur als Unterlassungspflicht; ebenso FROMER, ZSR 1939,210 ff(216);
im Verhältnis AN - AG: RAAFLAUB, S.14 f, 20, 93.

146) So sprechen von einer "Förderung der Gesellschaftsinteressen": HUECK, OHG § 13 I (S.139); STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 246; BETTI, Festschr.f.Müller-Erbach, S.7 ff(30).

147) s.u. 4.Kap.

V. Die Treuepflicht als Synonym für Pflicht aus Treu und Glauben

Das Problem einer materiellen Konkretisierung der Treuepflicht wird nur formell aufgehoben, wenn dieser Begriff als alle Pflichten aus Treu und Glauben umfassende Bezeichnung verwandt wird. So verzichtet ESSER¹⁴⁸ in seinem Lehrbuch auf jede Erwähnung der Äußerungen zu einer zumindest begrifflich selbständigen Treuepflicht. Hierbei bleibt die Frage offen, ob mit Treu und Glauben überhaupt die sonst üblicherweise mit "Treuepflicht" etikettierten Probleme angesprochen sind und ob - falls ja - sie innerhalb dieses umfassenden Pflichtenkreises nicht als besondere Gruppe herausgestellt werden können.

Auch ESSER gliedert diese "Treu- und Rücksichtspflichten"¹⁴⁹ in Unterlassungs- und Handlungspflichten (Treupflichten im engeren Sinne).

Ihr Umfang soll dabei bestimmt werden durch die "persönliche Enge der schuldrechtlichen Bindung"¹⁵⁰ und am weitesten in den Dauerschuldverhältnissen reichen¹⁵¹. Sie sollen um so stärker hervortreten, je mehr "personenrechtliche Elemente"¹⁵² das Schuldverhältnis aufweist. Damit verwendet ESSER Begriffe, die in der Diskussion um eine (selbständige) Treuepflicht immer wieder auftauchen¹⁵³. Bei der Suche nach den mit ihnen umschriebenen materiellen Problemen können seine Ausführungen daher herangezogen werden. Die spätere Frage nach der Rechtsgrundlage für eine Lösung des gefundenen Problems wird davon nicht berührt.

148) ESSER, Lb § 31.1 und § 32.7 bis § 33.3; ebenso KÜPCKE, S.66 f.

149) ESSER, Lb § 33.2.

150) ESSER, aaO.

151) ESSER, Lb § 33.3.

152) ESSER, Lb § 33.2.

153) s.u. 4.Kap. III - V, IX.

VI. Das Verhältnis von Treuepflicht und Fürsorgepflicht

Gerade bei der Frage nach positiven Treuepflichten läßt eine Gegenüberstellung von Treuepflicht und Fürsorgepflicht für das Arbeitsrecht neue Erkenntnisse erwarten. Einmal spricht die ganz überwiegende Meinung in einem Atemzuge von einer "Treue- und Fürsorgepflicht"¹⁵⁴, so daß auch eine Verwandtschaft der Grundgedanken naheliegt. Zum anderen wird gerade in der Fürsorgepflicht die (selbständige Grundlage) besonderer Leistungen gesehen¹⁵⁵, von einigen auch der Ausgleich der Treuepflicht des Arbeitnehmers¹⁵⁶.

Diese in erster Linie auf das Arbeitsverhältnis bezogene Untersuchung stellte sich jedoch als so umfangreich heraus, daß sie den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.

4. Kapitel: Die Anlässe, eine Treuepflicht zu fordern, als Mittel der Konkretisierung

I. Das "Wesensargument"

In der Literatur wird gelegentlich die Meinung vertreten, die Treuepflicht werde vom "Wesen" eines bestimmten Rechtsverhältnisses gefordert¹⁵⁷.

- 154) Vgl. nur beispielhaft: BGHZ 10,187 ff(190); BGHZ 16,50 ff (51); HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I § 48 I 1 FN 6 und 6a (S.390); LARENZ, Kennzeichen, S.5; KÖPCKE, S.118; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 906; v.MOOCK, S.96; REISCHACH, S.21; STECHER, S.36; abl. WIEDEMANN, S.62 f.
- 155) ZB. Versorgungsansprüche: BGHZ 12,337 ff(345); Stellung und Wartung von Parkplätzen: BAG NJW 1966,1534; Urlaubsanspruch: NOTTHOFF, S.27; Gratifikationen: KÖPCKE, S.118; Schweizerisches Recht: Art.334 OR: Vorschußpflicht des Dienstherrn in einer Notlage.
- 156) BGHZ 10,187 ff(190); REISCHACH, S.21.
- 157) Für den Handlungsgehilfen: SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm.38; für den AN: v.WITZLEBEN, S.40; für die OHG: SAMMECK, S.27; im schweizerischen Recht: BENZ, S.27 und GLOOR, S.6 für die Gesellschaft. Amtliche Begründung zu Art.862 OR a.F. (Genossenschaft) zit. bei ZIEGLER, S.46 f; für den Dienstvertrag: RAAFLAUB, S.1; für die Aktiengesellschaft: FROMER, ZSR 1939,210 ff(214 f).

Wie SCHEUERLE bereits im allgemeinen nachgewiesen hat, handelt es sich bei der Begründung mit dem Wesen eines Verhältnisses um ein "Kryptoargument"¹⁵⁸. Mit diesem Argument werden bei jedem Gebrauch die verschiedensten genaueren Gründe und Techniken verdeckt¹⁵⁹. Ein Eigenwert kommt ihm nicht zu.

Es gilt daher, auch für die Treuepflicht die verdeckten Argumente aufzufinden¹⁶⁰.

II. Die Gemeinschaft

1. a) Vor allem in der Zeit des Dritten Reiches wurde - zumeist ohne nähere Begründung¹⁶¹ - die Treuepflicht aus einer "Gemeinschaft" abgeleitet. Die Treue erschien als notwendiges sittliches Band, die einzelnen Glieder miteinander zu verbinden und die Gemeinschaft zu tragen und zu erhalten¹⁶². Dies gilt besonders für das Arbeitsverhältnis, bei dem man sich vornehmlich auf § 2 AOG berief, durch den "Fürsorge" und "Treue" zu Grundpflichten der Betriebsgemeinschaft erklärt seien¹⁶³.

158) SCHEUERLE, AcP 163,429 ff(430,470).

159) Vgl. beispielhaft WIEACKER, § 242 S.23: "aus der Natur der Sache folgende Nebenpflichten", die er dann durch Beispiele verdeutlicht.

160) So allgemein: SCHEUERLE, aaO, S.469.

161) Die Ausnahme bildet NIKISCH; s.u. 2. b).

162) RGZ 146,71 ff(76) und 385 ff(395), bestätigt in RGZ 158, 248 ff(254): der Aktionär habe bei der Abstimmung die Interessen der Aktiengesellschaft zur obersten Richtschnur seines Handelns zu machen; CLAREN, ZAkDR 1937, 490 ff(491): die Aktiengesellschaft als persönlicher Zusammenschluß zur Erreichung von Gemeinschaftszielen; EBEN-SERVAES, DR 1934,536 f(536): Treue: Füreinandereintreten bis zum letzten Blutstropfen; MANSFELD, DAR 1936,118 ff(124 f); SIEBERT, DR 1934,537 ff.

163) KRELLER, ZAkDR 1938,302; LOSCHKE, DAR 1938,249 ff(250 f): "zum gemeinen Nutzen des Volkes".

Dabei wurde aber nicht erläutert, worin diese "Betriebsgemeinschaft" bestand¹⁶⁴.

Auch in den Jahren nach 1945 wird noch wiederholt die Gemeinschaft als Grund der Treue-(und Fürsorge-)pflicht genannt¹⁶⁵, jetzt vor allem in der Form der "personenrechtlichen Gemeinschaft"¹⁶⁶.

b) In der Schweiz leiten RAAFLAUB¹⁶⁷ und BENZ¹⁶⁸ die Treuepflicht aus einer Gemeinschaft her¹⁶⁹. Ihre Begründungen unterscheiden sich nur terminologisch: Nach BENZ¹⁷⁰ ist der Gedanke einer Treuepflicht ein jeder Gemeinschaft von Natur innewohnender Grundsatz; nach RAAFLAUB¹⁷¹ ist er eng verbunden mit dem Begriff eines Gemeinschaftsverhältnisses. Dabei versteht RAAFLAUB das Gemeinschaftsverhältnis als ein Rechtsverhältnis "mit persönlichem Einschlag". BENZ¹⁷² sieht für die Gesellschaft eine Gemeinschaft durch das gemeinsame Interesse, den Gesellschaftszweck, begründet. Den inneren Grund der Treueforderung sehen beide übereinstimmend darin, daß eine wachsen-

164) HERSCHEL, Soz.Pr. 1941, Sp.617: "Die Betriebsgemeinschaft als besonderer Ausschnitt der Unternehmensgemeinschaft".

165) Der Bundesgerichtshof spricht in BGHZ 9,157 ff(163) davon, daß die Pflicht zu gegenseitiger Treue bei der OHG aus dem dort bestehenden "Gemeinschaftsverhältnis" abgeleitet werden könne; (passim) in BGHZ 10,187 ff(192) von echten Treuepflichten im Arbeitsverhältnis der Abhängigen und "anderen Gemeinschaftsverhältnissen"; NIKISCH, Lb § 34 I 1 (S.446); MAUS, Hdb. V, S.5; ZÖLLNER, S.338 ff (Gesellschaft); WIEDEMANN, S.57; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 246; SCHMIDT, Rdsch.f.GmbH 1960,137 ff(137); BALLERSTEDT, JuS 1963,253 ff(258): Gemeinschaft des verfolgten Zwecks; er lehnt es ab, sie "personenrechtlich" zu nennen; GEIB, S.9,88; SCHMUTZER, S.51 Anm.101; ferner HUBMANN, S.41,43: das innigste Vertrauensverhältnis bilden die natürlichen Gemeinschaften (Ehe, Familie).

166) s.u. III.

167) RAAFLAUB, S.9,14 f.

168) BENZ, S.5,8,30.

169) Vgl. ferner GUHL, S.645: Treuepflicht des Genossenschafters als loyales Verhalten gegenüber der Gemeinschaft.

170) BENZ, S.5.

171) RAAFLAUB, S.15.

de Stärke der persönlichen Beziehungen eine "umfassendere Gemeinschaftsdisziplin"¹⁷³ bzw. Rücksicht¹⁷⁴ erfordere. Diese persönlichen Beziehungen sollen nach BENZ dadurch entstehen, daß der Gesellschaftsvertrag unmittelbar die Persönlichkeit der Parteien ergreife¹⁷⁵, da die Leistung der Gesellschafter nicht wie bei den Kapitalgesellschaften in bloße Teilsummen zerfalle, sondern eine persönliche sei¹⁷⁶. Nach RAAFLAUB¹⁷⁷ haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer weitgehend gemeinsame Interessen, die zu einer mehr oder weniger intensiven persönlichen Beziehung unter ihnen führen.

2. a) Es ist nicht möglich, aber auch nicht erforderlich, alle Charakterisierungen eines Rechtsverhältnisses, die zu Treuepflichten führen sollen, umfassend auf ihren Problemgehalt und ihre dogmatische Stellung zu untersuchen. Vielmehr gilt es in jedem Falle nur, gerade die Seite eines Rechtsverhältnisses zu finden, die Anlaß gibt, Treue in dem oben¹⁷⁸ gefundenen Sinne einer (äußerlich erkennbaren) Beharrung des Willens zu fordern.

So ist es der Diskussion der Treuepflicht im Arbeitsverhältnis nicht förderlich, wenn seine Bezeichnung als Gemeinschaftsverhältnis in den letzten Jahren als unzutreffend

172) BENZ, S.31.

173) RAAFLAUB, S.15.

174) BENZ, S.31.

175) BENZ, S.30.

176) BENZ, S.8.

177) RAAFLAUB, S.15.

178) s.o. III 4) a.E.

bezeichnet wird¹⁷⁹, da ihm die angeblich unerläßlichen Voraussetzungen einer Gemeinschaft, Interessengleichheit und persönliche, gesinnungsmäßige Verbundenheit, fehlten. Ebenso wenig fruchtbar ist es, wenn das Gemeinschaftsverhältnis in der Form umschrieben wird, daß es sich nicht in einzelnen vermögensrechtlichen Leistungen beider Teile erschöpfe, sondern eine Gesamtbeziehung darstelle¹⁸⁰. Damit ist nichts darüber gesagt, ob nicht wenigstens einzelne Merkmale einer Gemeinschaft vorliegen, die für sich genommen Treue fordern. Zugleich erübrigt sich das Bemühen, mit nicht überzeugenden Begründungen¹⁸¹ doch noch das Arbeitsverhältnis als Gemeinschaftsverhältnis zu bezeichnen, um aus ihm Treuepflichten ableiten zu können¹⁸².

b) Als bisher einziger hat NIKISCH¹⁸³ fünf Merkmale herausgestellt, die ein Gemeinschaftsverhältnis kennzeichnen sollen

179) Siehe die Lit.nachw. bei WIEDEMANN, S.25 FN 30; außerdem STEINDORFF, Festschr.f.Dölle I, S.273 ff(288): der Gemeinschaftsbegriff des Arbeitsverhältnisses sei in seinem Inhalt keineswegs klar; abl. WIEDEMANN, S.33: das Arbeitsverhältnis als Gemeinschaft fordere nicht "innere" persönliche Verbundenheit, gleiche Gesinnung; doch Gemeinschaft trotz des Interessengegensatzes: HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 22 FN 6 (S.116) (personenrechtliche Gemeinschaft); SIEBERT, RdA 1958,366 ff(367) und KLINK, S.4 f: "persönliche Arbeitsgemeinschaft": der ganze Mensch sei dem Arbeitsvorgang unterworfen; STECHER, S.43: gemeinsame Förderung des Betriebszwecks.

180) Lit.nachw. bei WIEDEMANN, S.26.

181) Siehe Anm. 179 a.E.: die eine "Gemeinschaft" bejahende Lit.

182) Siehe beispielhaft: WIEDEMANN, S.33 f: Verzicht auf den "gemeinsamen Zweck", um zur Treuepflicht gelangen zu können; und ausdrücklich SIEBERT, RdA 1958,366 ff(367) beim Verzicht auf die "persönliche Verbindung" zwischen AN und AG.

183) NIKISCH, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis (1941), S.45 ff.

und die daher auf ihr Verhältnis zu einer Treuepflicht untersucht werden können:

- (1) Die Gemeinschaftsbeziehung sei auf mehr als zwei Beteiligte angelegt.
- (2) Die tatsächliche Herstellung einer Gemeinschaft verlange rechtliche Anerkennung auch dann, wenn die vertragliche Grundlage fehle.
- (3) Die aus der Gemeinschaftszugehörigkeit entspringenden Pflichten könnten niemals im Widerspruch mit dem Wesen der Gemeinschaft abgeändert oder ausgeschlossen werden; jedes Mitglied trete automatisch in sie ein.
- (4) Jeder Teilnehmer habe, vorbehaltlich genauerer vertraglicher oder gesetzlicher Festlegung, zu leisten, was in der jeweiligen Lage von einem Mitglied der Gemeinschaft verlangt werden müsse; das gemeinschaftsmäßige Verhalten bestehe in gegenseitiger Rücksichtnahme und Unterstützung.
- (5) (Als zeitbedingte Äußerung): Gegenüber bestimmten Personen habe das Gemeinschaftsverhältnis keine Wirkung.

Unabhängig von der Frage, ob die beiden ersten Merkmale nicht zu eng umschrieben sind¹⁸⁴ und ob die Merkmale (3) und (4) im "hohen Maße ausfüllungsbedürftig" zu nennen und für sie keine "einheitliche Rechtswirkung" zu finden ist¹⁸⁵, deuten die letzteren zumindest auf Umstände, die Treue fordern könnten: Wenn unter (3) die Pflichten nicht abgeändert oder ausgeschlossen werden können oder wenn nach (4) das geleistet werden muß, was in der jeweiligen Lage von einem Mitglied der Gemeinschaft verlangt werden muß, so setzt dies ein Sich-Ausrichten an dem "Wesen der Gemeinschaft" voraus und fordert damit Beharrung als Treue.

Aber auch NIKISCH bleibt die Begründung dafür schuldig, wa-

184) So würde zB Merkmal (1) Ehe, Arbeitsverhältnis und sog. Zwei-Mann-Gesellschaften ausschließen: WIEDEMANN, S.26 f.

185) WIEDEMANN, S.27.

rum dies für die Gemeinschaft hervorgehoben werden muß und nicht mit der jedem Schuldverhältnis innewohnenden Notwendigkeit zusammenfällt, zu der eingegangenen Verpflichtung zu stehen. Insbesondere ist das Merkmal (4) so allgemein gefaßt, daß praktisch unbegrenzte Pflichten daraus herzuleiten wären.

c) ZÖLLNER¹⁸⁶ bezeichnet wie STECHER¹⁸⁷ und Hans Martin SCHMIDT¹⁸⁸ alle Personenvereinigungen als Gemeinschaftsverhältnis. Die Gemeinschaft verlange Treue, weil sie schon nach ihrem Namen ein - jeweils unterschiedliches - Maß der Gebundenheit an das Gemeinschaftliche aufweise. Bei den Personenverbänden bestehe die Bindung vor allem im Hinblick auf den gemeinsamen Zweck.

In allen diesen Äußerungen wird ebenfalls nicht angegeben, warum gerade in einer Gemeinschaft Treue zu fordern ist. Eine Antwort auf diese Frage deutet nur Hans Martin SCHMIDT¹⁸⁹ an, wenn er schreibt, zweckgerichtetes Zusammenwirken mehrerer Personen "funktioniere" ohne gegenseitige Rücksichtnahme nicht. Nach WIEDEMANN¹⁹⁰ macht es sogar das "Wesen der Gemeinschaft" aus, daß sie zu erhöhter Rücksicht verpflichte. Die Begründung finden wir bei ihm¹⁹¹ in der Feststellung, daß mit wachsender Intensität der "zwischenmenschlichen Beziehung" die Rechtsordnung stärkere und umfassendere Verhaltensanforderungen stellen müsse, um die gleichzeitig wachsenden Spannungsmöglichkeiten und Interessengegensätze auszugleichen.

186) ZÖLLNER, S.338 ff.

187) STECHER, S.43,35,37: das Wesen der Gemeinschaft bestehe in einer Verbundenheit von Personen auf Grund gemeinsamer Werte oder Ziele.

188) SCHMIDT, Rdsch.f.GmbH 1960,137 ff(137): Verfolgung von Interessen durch mehrere Personen in gemeinsamer rechtlicher Verbundenheit.

189) SCHMIDT, aaO.

190) WIEDEMANN, S.63.

191) WIEDEMANN, S.28.

d) Die Äußerungen Hans Martin SCHMIDTs und WIEDEMANNs sowie jene in der schweizerischen Literatur zeigen besonders deutlich die Unklarheiten, die in der Diskussion um die Treuepflicht in der (personenrechtlichen) Gemeinschaft dadurch entstehen, daß nicht scharf unterschieden wird zwischen den Fragen, die sich

- (1) aus der Eigenart des Gemeinsamen, dem "Was" gemeinsam ist,
- (2) aus der Persönlichkeit der an der Gemeinschaft Beteiligten, dem "Wer", und
- (3) aus ihrer Stellung zu dem Gemeinsamen, dem "Wie", ergeben.

Zu (1) Es ist WEBER¹⁹² darin zuzustimmen, daß eine Gemeinschaft nicht zwingend (besondere) Treue fordert. Die Tatsache allein, daß überhaupt etwas Gemeinsames vorhanden ist, vermag noch nicht ersichtlich zu machen, daß hier eine gesteigerte Beharrung oder die Überwindung von ungewöhnlichen Hindernissen gefordert werden müßte¹⁹³.

Etwas anderes mag gelten, wenn diese Gemeinschaft selbst so beschaffen ist, daß sie den Beteiligten Schwierigkeiten etwa bei ihrer Erhaltung bereitet. So wird regelmäßig fraglich sein, was geeignet ist, einen gemeinsam verfolgten Zweck zu fördern¹⁹⁴.

Zu (2) Auch die Persönlichkeit der Beteiligten hat bei einer Gemeinschaft grundsätzlich keinen hervorzuhebenden Einfluß auf den gemeinsamen Gegenstand und das Verhältnis der Gemeinschaftler¹⁹⁵.

Zu (3) Erst die Stellung des einzelnen in dieser Gemeinschaft und zum Gemeinsamen kann den Gedanken an eine Treue-

192) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 231.

193) ZB. mehrere besitzen eine Minderheitsbeteiligung an ein und derselben Aktiengesellschaft.

194) s.u. VIII.

195) ZB. bei einer Bruchteilsgemeinschaft an einem Baugrundstück.

pflicht dann hervorrufen, wenn für die Erhaltung oder Förderung des Gemeinsamen die Persönlichkeit des Beteiligten entscheidenden Einfluß erhält. Zu denken ist z.B. an die offene Handelsgesellschaft, wo jeder Gesellschafter verpflichtet ist, nach besten Kräften den Gesellschaftszweck zu fördern (§ 705 BGB). Hier besteht die Gefahr, daß das gemeinsame Ziel nicht erreicht wird, weil mehrere Personen in ihrer unterschiedlichen Interessenlage und ihrer Individualität beteiligt sind. Es bleibt den subjektiven Fähigkeiten des einzelnen überlassen, wieweit er erkennt, ob etwas den Zweck der Gesellschaft fördert und ob er entsprechend handelt¹⁹⁶. Solche vermehrten Möglichkeiten für Interessenkollisionen und die damit verbundene Versuchung, ausschließlich eigene Ziele dem gemeinsamen vorzuziehen, fordern eine gesteigerte Treue, ein bewußtes Festhalten an dem einmal geäußerten Willen, den Gemeinschaftszweck zu fördern.

III. Die "personenrechtliche Gemeinschaft"

Von der herrschenden Meinung wird eine Treuepflicht in einem Rechtsverhältnis gefordert, das sie - in teilweise unerheblich abweichenden Formulierungen¹⁹⁷ - als "personenrechtliche Gemeinschaft" bezeichnet¹⁹⁸.

Die durch die Kennzeichnung als "personenrechtlich" gestellte

196) Im einzelnen s.u. VIII.

197) So wechselt vor allem HUECK oft in der Bezeichnung: HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 22 (S.129): "Gemeinschaftsverhältnis"; Lb I, § 48 I 1 (S.391): "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis"; HUECK, Treueged.i.m.Privatr., S.12: "personenrechtliche Gemeinschaft"; HUECK, OHG § 13 I (S.139): "Gemeinschaft"; ähnlich schwankend: LEHMANN, GesR S.79 f,182,188; LARENZ, Lb I,(S.108) FN 1: "echtes (personenrechtliches) Gemeinschaftsverhältnis"; STAUDINGER-KESZLER, Anm. 35a vor § 705: "Personengemeinschaft"; DIETZ, Festschr.f.Hedemann, S.330; NOTTHOFF, S.27: "gemeinschaftsgebundene personenrechtliche Rechtsverhältnisse".

198) Oft zugleich als "Vertrauensverhältnis": s.u. VII.

Frage muß dahin gehen, ob sie etwas besagen soll über die Beteiligten der Gemeinschaft, den Gegenstand der Gemeinsamkeit oder die Rechtsgrundsätze, nach denen die noch näher zu bestimmende Gemeinschaft zu behandeln ist¹⁹⁹.

1. Die Lehre von (der Gesellschaft als) einer personenrechtlichen Gemeinschaft geht auf O.v.GIERKE²⁰⁰ zurück. Er hat die Gesamthand eine "genossenschaftlich strukturierte personenrechtliche Gemeinschaft" genannt, weil in ihr mehrere Personen "durch ein die Persönlichkeit als solche ergreifendes Rechtsverhältnis" verbunden seien, selbst wenn ein gemeinschaftliches Vermögen nicht gebildet werde. Nach RASNER²⁰¹ ist dies eine begrifflich exakt gefaßte Lehre, die aber Vorstellungen erwecke, die bei Gelegenheitsgesellschaften und reinen Innengesellschaften zwischen zwei Partnern schwer vollziehbar seien.

Diese Wendung eines "die Persönlichkeit als solche ergreifenden Rechtsverhältnisses" kehrt bis heute regelmäßig in den Erörterungen zur Treuepflicht wieder²⁰².

2. Nach früheren Äußerungen SIEBERTs²⁰³ entsteht (z.B.) dadurch, daß die Arbeitskraft, die untrennbar Teil der Persönlichkeit sei, in den Dienst eines anderen gestellt wird, ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis.

In einem 1958 erschienenen Aufsatz²⁰⁴ mußte er jedoch einräumen, daß eine wirklich überzeugende Dogmatik des personenrechtlichen Rechtsverhältnisses immer noch nicht entwickelt worden

199) Entscheidend sind auch hier nur die zu einer Forderung nach Treue führenden Probleme: vgl. II 2. a).

200) GIERKE, O.v., Deutsches Privatrecht I, S.663 f, und: Die Wurzeln des Dienstvertrages, S.53,55.

201) RASNER, S.40 FN 75; ihm folgend: BALLERSTEDT, JuS 1963, 253 ff(258).

202) SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, vor § 611 Anm.13; BALLERSTEDT, JuS 1963,253 ff(258); NEUMANN, RdA 1951,2 ff(3); HUBMANN, S.40; KLINK, S.5.

203) SIEBERT, Mon.-Hefte der NS.-Soz.Pol. 1936,331; ferner in DR 1941,1930 ff(1932); ebenso später in RdA 1958,366 ff(367) unter Bezug auf BÖTTICHER, RdA 1955,321 ff.

204) SIEBERT, RdA 1958,366 ff(367).

sei, wie sich besonders bei der Behandlung der "entpersönlichten" Arbeitsverhältnisse im Großbetriebe zeige.

Wohl als Folge dieser Zweifel stellte SIEBERT in seinem Kommentar bei der Erörterung der Treuepflicht²⁰⁵ nicht mehr entscheidend auf das personenrechtliche Verhältnis als Grundlage ab. Vielmehr steht jetzt das (persönliche) Zusammenwirken im Vordergrund²⁰⁶: Bei Rechtsverhältnissen, die auf Zusammenwirken gerichtet seien, bestehe eine Pflicht zur Einordnung in eine überpersönliche Aufgabe²⁰⁷. Eine derartige Einordnung verlange eine Bereitschaft zur Mitarbeit und Opfer im Dienste des gemeinsamen Zieles; hier handele es sich um eine Treuepflicht. Allerdings hätten die Beteiligten im Arbeitsverhältnis ungleiche Funktionen, da hier keine Nebenordnung, sondern eine Einordnung des Arbeitnehmers in die Arbeitsaufgabe des Unternehmers mit der Folge einer persönlichen Abhängigkeit vorliege.

3. Die herrschende Meinung, die auch heute noch die Grundlage der Treuepflicht in der "personenrechtlichen Gemeinschaft" sieht²⁰⁸, wird von HUECK angeführt²⁰⁹. Aus seinen zahlreichen, in der Formulierung wechselnden Äußerungen läßt sich nur schwer

205) SOERGEL-SIEBERT, Kommentar zum BGB, 9. Auflage, § 242 BGB.

206) SOERGEL-SIEBERT, § 242 Anm.5: Gesellschaft und Arbeitsverhältnis; ihm folgend: BETTI, Festschr.f.Müller-Erzbach, S.7 ff(20): das gelte besonders für echte Gemeinschaftsverhältnisse (Familie, Genossenschaft, OHG), auf Dauer berechnete Arbeitsverhältnisse (S.30); früher bereits im schweizerischen Recht: FROMER, ZSR 1939, 210 ff(214): Rücksichtnahme auf Interesse der Mitgesellschafter beim Zusammenwirken auf ein gemeinsames Ziel.

207) Im Gesellschaftsvertragsrecht der gemeinsame Zweck: SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.67.

208) Z.T. in Verbindung mit anderen Gedanken: z.B. HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 37 I (S.242): persönliche Beziehung und gegenseitiges Vertrauen.

209) HUECK, Treueged.i.m.Privatr., S.12,18; ders., OHG, § 13 I (S.139: Gemeinschaft); ders., Festschr.f.Hübner, S.72 ff; ders., HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 36 1 (S.238), § 22 II (S.129), § 48 I 1 (S.391); ihm folgend: LARENZ, Lb I (S.108) FN 1 und II, § 48 II c (S.208), § 52 II (S.254); STECHER, RdA 1961, 261 ff(262); BRÜGGEMANN, S.40; KLEIN, R., S.101; SCHMUTZER, S.2.

ein geschlossenes Bild seiner Vorstellung von einer personenrechtlichen Gemeinschaft gewinnen. Bei ihm tauchen drei Gründe auf, die jedoch nicht so klar geschieden werden, daß sie in ihrer selbständigen Bedeutung sichtbar würden.

Wenn die Treuepflicht bedeutsam sein soll bei "umfassenden Gemeinschaften" - wie etwa der offenen Handelsgesellschaft, die in ihrer normalen Gestalt gleichzeitig Arbeits-, Vermögens-, Haftungs- und Risikogemeinschaft sei, also die Gesellschafter ganz besonders eng aneinander binde,²¹⁰ - so wird damit der bei jeder Gemeinschaft anzutreffende Gesichtspunkt angesprochen, daß eine Bindung durch die Tatsache eintritt, überhaupt irgendetwas gemeinsam zu haben²¹¹.

Soweit an derselben Stelle²¹⁰ gesagt wird, im Arbeitsverhältnis werde durch den Einsatz der Person des Arbeitnehmers eine enge persönliche Verbindung, ein Gemeinschaftsverhältnis begründet, werden unterschiedslos²¹² zwei weitere Gründe für die Forderung nach Treue angedeutet. Sie werden deutlicher, wenn es an anderer Stelle²¹³ heißt, Gesellschaftsvertrag und Arbeitsvertrag seien die Verträge, die am unmittelbarsten die Persönlichkeit der Vertragsparteien ergriffen und die stärksten persönlichen Beziehungen zwischen den Parteien hervorriefen. Damit handelt es sich einmal um die Frage, welche Bedeutung es hat, daß bei bestimmten Rechtsverhältnissen die Persön-

210) HUECK, Treueged.i.m.Privatr., S.13, und in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 22 II (S.129); zust. LARENZ, Lb II, § 56 IIa (S.293).

211) s.o. II 2. d) zu (1).

212) Ebenso ZÖLLNER, S.339, der "Erfassung der Persönlichkeit als solche" und "persönliche Bindung" gleichsetzt.

213) HUECK, Festschr.f.Hübner, S.72; ebenso BRÜGGEMANN, S.40, 42, der entscheidend auf die Pflicht zu persönlicher Leistung abstellt.

lichkeit des einzelnen eine hervorragende Rolle spielt, zum anderen darum, ob enge persönliche Beziehungen zwischen den Beteiligten²¹⁴ durch bestimmte Rechtsverhältnisse mit Notwendigkeit entstehen und welche Rolle sie bei einer Forderung nach Treue spielen.

Alle drei Merkmale bedürfen einer besonderen Kritik²¹⁵.

Allerdings dürfte der Vorwurf WIEDEMANNs²¹⁶ unbegründet sein, HUECK leite einmal die Treuepflicht aus der Gemeinschaft, ein anderes Mal die Gemeinschaft aus der Treue ab und betreibe damit Begriffsjurisprudenz. HUECK²¹⁷ führt zwar einmal aus, auf Grund der engen persönlichen Beziehungen des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber werde ein Rechtsverhältnis eigener Art begründet, das beide Teile zur Treue verpflichte. Man könne^{es} deshalb wegen dieses beide Teile verbindenden Treuebandes als Gemeinschaftsverhältnis bezeichnen²¹⁸. Seine übrigen Erörterungen zeigen jedoch, daß es sich bei dieser Stelle nur um eine ungenaue Formulierung handelt und daß er die Gemeinschaft aus den engen persönlichen Beziehungen herleiten will.

4. In den übrigen Ableitungen aus einer personenrechtlichen Gemeinschaft kehrt jeweils nur eines der Argumente HUECKs wieder²¹⁹.

Danach ist das Arbeitsverhältnis nach einer Meinung²²⁰ eine personenrechtliche Gemeinschaft, weil es die ganze Person des Arbeitnehmers erfasse und sein Leben und seine Persönlichkeit

214) Nur sie werden von HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 22 II (S.129) und § 48 I 1 (S.391) angesprochen.

215) s.u. VI.

216) WIEDEMANN, S.25 FN 40.

217) HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 22 II (S.129).

218) Ähnlich mißverständlich formuliert der Bundesgerichtshof in BGHZ 10,187 ff(190): das Arbeitsverhältnis sei ein auf der Treuepflicht des Beschäftigten beruhendes personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis.

219) KLINK, S.5, läßt dahinstehen, ob "persönliche Arbeitsgemeinschaft" oder Erfassen der Persönlichkeit des AN die

gestalte. Damit wird nur auf die Person des Arbeitnehmers abgestellt, ohne daß eine Gemeinsamkeit mit dem Arbeitgeber ersichtlich wird.

Nach der anderen Ansicht²²¹ ist kennzeichnendes Merkmal einer solchen Gemeinschaft die persönliche Verbundenheit der Beteiligten²²², die durch die Aufnahme in den Betrieb²²³ oder das Unternehmen²²⁴ entstehe. REISCHACH sieht diese persönliche Verbundenheit bei der Gesellschaft durch die Gemeinsamkeit des Zwecks und der Interessen²²⁵ entstehen, im Arbeitsverhältnis dagegen durch den Einsatz der Person des Arbeitnehmers²²⁶ und vermengt damit zwei selbständige Gesichtspunkte.

personenrechtliche Seite des Arbeitsverhältnisses begründen; S.76: er glaubt, dem Einwand der "Entpersönlichung des Arbeitsverhältnisses" mit der Feststellung begegnen zu können, daß heute eine stärkere Bindung des AN an Betrieb und Unternehmen bestehe. Die Treuepflicht sei daher weniger auf die Person des AG als auf die sachliche Institution des Betriebes oder Unternehmens gerichtet; BLOMEYER, S.37,43,45, schwankt in der Begründung für Aktien- und Kommanditgesellschaft wie KLINK.

- 220) BAG AP Nr.2 zu § 611 (Beschäftigungspflicht); BGHZ 10, 187 ff(190); FREY, RdA 1955,49 f; ihm folgend: v.WITZLEBEN, S.133.
- 221) NIKISCH, Lb I, § 36 I 1 (S.470), vgl. auch § 34 I 1 (S.446); ders., DAR 1938,182 ff(183); SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm.37 (für den Handlungsgehilfen); KLINK, S.42; NOTTHOFF, S.24,27; STECHER, S.35,37,75.
- 222) LEHMANN, GesR S.108 (Gesellschaft), S.182 (Verein): durch den gemeinsamen Zweck, S.182,79.
- 223) NIKISCH, Lb I, § 34 I 1 (S.446); STECHER, S.35,43: Einordnung in die Arbeitsaufgabe des Betriebes.
- 224) SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, aaO.
- 225) REISCHACH, S.8,25 f.
- 226) REISCHACH, S.18,40.

Damit wird in dieser Gruppe auf das Verhältnis zweier Personen abgestellt, wobei die Gemeinsamkeit in verschiedenen Dingen gesehen wird.

Hierher zählen auch die Ausführungen FECHNERS und KULLs. Nach Kull ist entscheidend, daß ein "Zustand zwischen Personen" geregelt wird²²⁷ und daß die dadurch begründeten Rechtsbeziehungen sich auf die Person selbst beziehen²²⁸. FECHNER²²⁹, der personenrechtliche "Dauerverhältnisse" neben die Gemeinschaften stellt, sieht die Enge der Beziehungen als wesentlich an. Als erster erkennt er das dadurch gegebene Problem in der Schwierigkeit, infolge (der Dauer und) der persönlichen Nähe Rechte und Pflichten im einzelnen vorher festzulegen²³⁰. Als Kennzeichen einer personenrechtlichen Ordnung, das aus sich heraus eine Treuepflicht erzeuge, bezeichnet er die Einwirkungsmöglichkeit einer Person auf die anderen in dieser Ordnung gebundenen Personen^{231 232}.

IV. Der "personenrechtliche Charakter" eines Verhältnisses

Nicht die personenrechtliche Gemeinschaft, sondern den "personenrechtlichen Charakter" eines Verhältnisses will eine andere, kleinere Gruppe der Autoren²³³ als Grundlage der Treuepflicht

227) KULL, S.1.

228) KULL, S.19.

229) FECHNER, S.27 und DRZ 1949,94.

230) FECHNER, S.25,27; ebenso für die "natürlichen Gemeinschaften" (Ehe, Familie): HUBMANN, S.41,43.

231) FECHNER, S.77; ihm folgend: MESTMÄCKER, S.214, der damit die Treuepflicht der Verwaltungsmitglieder einer Aktiengesellschaft und der Aktionäre (S.350 f) begründet; FEHRENSSEN, S.96 für den Großaktionär; vgl. BGHZ 9,157 ff (163): bei der Aktiengesellschaft spiele die Persönlichkeit eine geringere Rolle als bei der GmbH, sie erfordere kein solches Vertrauensverhältnis.

232) Ähnlich REISCHACH, S.11, der die "Funktion" der Treuepflicht aus den einzelnen "Vereitelungs- und Gefährdungsmöglichkeiten der Interessenförderung" bestimmen will.

233) EICHLER, S.30,38; der personenrechtliche Charakter führe zum Vertrauensverhältnis, S.275; MEISSINGER, ArbRB1.S.1, 1.und 3. Forts.Bl.; BERGMANN, ZHR 105,1 ff(9 f); FARTH-

annehmen. Auch bei ihnen werden für das personenrechtliche Verhältnis unterschiedliche, von GIERKE bzw. HUECK²³⁴ erarbeitete Gesichtspunkte als maßgebend genannt.

Nach WÜLBING²³⁵ und FARTHMAN²³⁵ steht die Persönlichkeit der Beteiligten im Mittelpunkt. So erfasse die Genossenschaft²³⁶ den Genossen, das Arbeitsverhältnis den Arbeitnehmer²³⁷ mit all seinen Fähigkeiten und Eigenschaften. FARTHMAN hält es darum für terminologisch besser, statt von "personenrechtlichen" von "personenbezogenen" Verhältnissen im Gegensatz zu "sachbezogenen" Geschäften wie Tausch, Kauf, Schenkung zu sprechen²³⁸.

Nach EICHLER²³⁹ verleihen dagegen enge persönliche Beziehungen dem Rechtsverhältnis seinen "eigenartigen personenrechtlichen Charakter". Im Dienstverhältnis²⁴⁰ stelle der eine Teil seine Arbeitskraft zur Verfügung und bringe damit ein Opfer menschlicher Substanz, mithin etwas wahrhaft Persönliches.

Wie HUECK²⁴¹ setzt sich auch EICHLER²⁴² dem Verdacht eines

MANN, RdA 1960, 5 ff(7), der für das Arbeitsverhältnis eine Gemeinschaft verneint; DERSCH, RdA 1948/49, 325 ff (326) und Festschr.f.Herschel, S.72 ff(63); WEICHNER, S.8,15; WÜLBING, S.9,50.

234) s.o. III 1) und 3).

235) WÜLBING, S.9; FARTHMAN, RdA 1960, 5 ff(7).

236) WÜLBING, S.50.

237) FARTHMAN, aaO; im schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.1: der Dienstvertrag als "persönliche" Schuldverpflichtung.

238) FARTHMAN, aaO, S.8, in Anlehnung an: ERMAN-KÜCHENHOFF, Vorbem. 1c vor § 611 BGB, der einen personenrechtlichen Vertrag verneint, da nicht die Totalität der Persönlichkeit ergriffen werde; FARTHMAN folgend: SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, vor § 611 Anm.13.

239) EICHLER, S.30.

240) EICHLER, S.38.

241) s.o. III 3) a.E.

242) EICHLER, aaO.

Zirkelschlusses aus, wenn der "persönliche Rechtscharakter" des Dienstverhältnisses darin sichtbar werden soll, daß es zu Treuepflichten führe.

V. Persönliche Bindungen oder Beziehungen

Enge persönliche Beziehungen der Parteien werden nicht nur als Kennzeichen eines personenrechtlichen Verhältnisses²⁴³, sondern auch selbständig oder neben anderen Gründen²⁴⁴ als Anlaß einer Forderung nach Treue gesehen²⁴⁵.

Insbesondere wird das Vorhandensein oder Fehlen einer "persönlichen Bindung" der Anteilseigner herangezogen, um die Frage zu entscheiden, ob in der Aktiengesellschaft eine Treuepflicht der Aktionäre und in der GmbH eine Treuepflicht der Gesellschafter besteht²⁴⁶.

Bei den Aktionären wird diese Frage von der herrschenden Meinung unter Hinweis darauf verneint, daß ein persönliches Band

243) s.o. III.

244) ENNECCERUS-LEHMANN, Lb § 4 II (S.19) (neben der "personenrechtlichen" Seite); LANTZKE, S.9 (neben "Förderungszweck der Genossenschaft" und "Selbsthilfeprinzip"); WÜLBING, S.57 (neben dem "Vertrauensverhältnis").

245) Im Arbeitsverhältnis: STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNNEN, Vorbem. 2 vor §§ 611-619: die Treuepflicht obliege den Beteiligten angesichts ihrer persönlichen Bindung gegenseitig; SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, § 611 Anm.73; GALPERIN, DBetr.Verf. 1958,41 ff(44); TRIESCHMANN, Aur 1962,97 ff(98); in der Gesellschaft: SOERGEL-SCHULTZE-v.LASAUUX, § 705 Anm.66; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 246; SCHILLING, JZ 1953,489 ff(492); BECHER, NJW 1961,1998 ff(1999) (je enger die Gemeinschaft); KNÖPFEL, S.55; GEIB, S.77 FN 2; vgl. ferner KÜSTER, S.(49),53,(55): unzweifelhaft spiele bei OHG und KG neben der vermögensrechtlichen Bindung und Haftung der Gesellschafter gerade ihre persönliche Verbundenheit eine erhebliche Rolle; allgemein: STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 130: enge persönliche Beziehungen, meist die einer Gemeinschaft, bestimmten das Verhältnis der Treuepflichtigen

246) Siehe Lit.Nachw. bei ZÜLLNER, S.336 und bei FECHNER, S.37 f; allgemein für die Kapitalgesellschaften: KÜSTER, S.55; SCHILLING, JZ 1953,489 ff(492).

der Aktionäre untereinander fehle²⁴⁷.

Entsprechend wird für die GmbH darauf abgestellt, ob "ausreichende persönliche Bindungen" im Einzelfall vorliegen²⁴⁸, da das Innenverhältnis durch Vertrag unterschiedlich gestaltet werden kann. Nach Meinung des Bundesgerichtshofs²⁴⁹ besteht zwar kein Gemeinschaftsverhältnis wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Die persönlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander und zur GmbH sollen aber dennoch zu einer Treuepflicht führen.

VI. Kritik der Gedanken unter III-V

1. Selbst Autoren, die die Treuepflicht aus einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis herleiten, müssen zugestehen, daß es bisher noch nicht gelungen ist, den Begriff des "personenrechtlichen Verhältnisses" so klar und scharf heraus-

247) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 256 mit Lit.Nachw.; GEIB, S.77 FN 2; KNÖPFEL, S.78; WÖLBING, S. 15a, der auf den Interessengegensatz der Groß-, Klein- und Spekulationsaktionäre abstellt; ferner BLOMEYER, S.29,37, mit dem Argument, daß sie nicht in einem "umfassenden Bereich ihrer Persönlichkeitssphäre" ergriffen würden und eine persönlichkeitsbezogene Gemeinschaft zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft fehle; dagegen: BGHZ 14,25 ff(38) (passim): die Treuepflicht der Gesellschafter einer GmbH sei stärker als die der Aktionäre, da die Beziehungen der Gesellschafter idR enger seien; im schweizerischen Recht: ZIEGLER, S.23: das mitgliederschaftliche Band sei zu lose, um zu mehr als Unterlassungspflichten aus Treuepflicht zu führen; ebenso TROXLER, S.20: da die "persönlichkeitsgestalteten Beziehungen" völlig hinter der Kapitalbeteiligung zurückträten.

248) LEHMANN, GesR S.300: vielfach entstanden enge persönliche Beziehungen durch gemeinsame Arbeit der Gesellschafter im Betrieb; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 258 mit Lit.Nachw., unterscheidet für die Intensität der Treuepflicht die rein kapitalistisch beteiligten Gesellschafter und jene mit stärkerer persönlicher Mitwirkung bei der GmbH; BLOMEYER, S.41: ob eine ausreichende persönliche Bindung besteht, ist im Einzelfall zu prüfen; KNÖPFEL, S.89: im Vergleich zur Aktiengesellschaft eine persönlichkeitsgestaltete Beziehung in der GmbH.

249) BGHZ 9,157 ff(163); ferner BGHZ 14,25 ff(38).

zuarbeiten²⁵⁰, daß lediglich aus dieser Kennzeichnung bereits praktische Folgen gezogen werden können und daß sich daraus die Anwendbarkeit bestimmter Rechtsgrundsätze ergibt. Aber auch das Bundesverfassungsgericht²⁵¹ hat - bei einer anderen Frage²⁵² - diesen Begriff übernommen und das Arbeitsverhältnis ein "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" genannt, da es "sich von dem ausschließlich vermögensrechtlich orientierten Schuldrecht des BGB wesensmäßig fundamental"²⁵³ unterscheide. Der Schwerpunkt verlagere sich dabei von der vertraglichen Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer stärker zum Betrieb. Auch diese Stellungnahme fördert jedoch ersichtlich nicht die Diskussion.

Im Anschluß an MAVRIDIS²⁵⁴ meint BALLERSTEDT²⁵⁵, die Unterscheidung zwischen personen- und schuldrechtlicher Verbindung

250) HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 22 FN 7 (S.116); ders., OHG, S.30 (33 f); RASNER, S.34 ff(39 f) mit Nachw.; SIEBERT, RdA 1958,366 ff(367); BRÜGGEMANN, S.40; von den abl. Äußerungen: ZÖLLNER, S.338 ff, der den Begriff der personenrechtlichen Gemeinschaften "sowieso unklar" nennt; WIEDEMANN, S.36, nennt diese Bezeichnung des Arbeitsverhältnisses die dunkelste und daher meist gebrauchte; BALLERSTEDT, JuS 1963,253 ff(258), der meint, ohne die personenrechtliche Auffassung auskommen zu können; das Problem erledigt sich, wenn man jedem Dauerschuldverhältnis personenrechtliche Wirkung zuspricht: BEITZKE, Nichtigkeit, S.10.

251) BVerfGE 7,342 ff(349 f).

252) Der Frage, ob das Arbeitsrecht ein selbständiges oder ein eigenständiges Rechtsgebiet sei.

253) Ohne eigene Begründung unter Zitat von: KASKEL-DERSCH, Arbeitsrecht, 5.Auflage 1957, S.113 ff, 18 f.

254) MAVRIDIS, RdA 1956,444 ff(445).

255) BALLERSTEDT, aaO.

sei bei Verträgen nicht überzeugend zu treffen. Nach MAVRIDIS²⁵⁴ berührt jedes Rechtsverhältnis "irgendwie" die Persönlichkeit des Menschen; die "personenrechtlichen Rechtsverhältnisse" weisen daher nur einen Grad- und keinen Wesensunterschied gegenüber anderen Rechtsverhältnissen auf.

Ihm gegenüber sieht FARTHMAN²⁵⁶ einen grundsätzlichen Unterschied darin, ob jemand einem Rechtsverhältnis nur als Subjekt, z.B. als Käufer oder Verkäufer beteiligt sei oder ob er selbst mit seiner ganzen Persönlichkeit zum Gegenstand vertraglicher Beziehung werde.

In diesem Streit muß nicht abschließend Stellung bezogen werden, da bereits ein Gradunterschied ausreichen würde, eine besondere Beharrung des Willens, eine Treuepflicht zu fordern.

Es ist aber notwendig, eine Abgrenzung zu der Verbundenheit zwischen Personen zu finden, die bereits durch den Entschluß entsteht, einseitig oder gegenseitig Leistungen zu erbringen. Diese Verbundenheit wird seit langem angeführt, um das Schuldverhältnis "objektiv" zu einem Organismus²⁵⁷, zu einer konstanten Rahmenbeziehung²⁵⁸ oder "subjektiv" zu einem Vertrauensverhältnis werden zu lassen²⁵⁹. Schon für jedes allgemeine Schuldverhältnis werden aus dieser Verbundenheit über § 242 BGB Pflichten der Parteien abgeleitet, die Erfüllung, den Zweck des Schuldverhältnisses²⁶⁰, dadurch zu erreichen, daß fördernde Faktoren ausgenutzt und schädigende verhütet und abgewendet werden²⁶¹.

256) FARTHMAN, RdA 1960, 5 ff(7); ebenso im schweizerischen Recht: GUTZWILLER, Komm. III, Rechtl.Grundl. Rdnr.84 (S.70 f): den vertraglichen Zusammenschlüssen mehrerer sei eine "besondere Art der gegenseitigen Verbundenheit von jeher eigentümlich".

257) SIBER, Krit.Viertj.Schr. 1905, 526 ff(528).

258) HERHOLZ, AcP 130, 257 ff.

259) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 770 mit Nachw.

260) ESSER, Lb §§ 14.1, 32.3.36.5, 85.4.5..

261) ESSER, Lb § 32.1; LARENZ, Lb I, § 2 I, V; BOEHMER, Grundlagen II/1, S.174.

Ohne hier abschließend den Begriff eines personenrechtlichen Verhältnisses klären zu wollen und zu müssen, scheint das entscheidende Moment, das zu einer gesteigerten Verbundenheit führt, darin zu liegen, daß die Persönlichkeit des einzelnen Beteiligten von entscheidender Bedeutung für Inhalt und Ausführung der Pflichten und Rechte aus diesem Verhältnis wird.

In der schweizerischen Literatur zur Treuepflicht wird dieser Gedanke deutlicher herausgearbeitet. So stellt GLOOR²⁶² fest, in der (Kollektiv-)Gesellschaft erhalte die Person des Gesellschafters eine überragende Rolle, denn nur mit Rücksicht auf sie werde ein Sozietätsverhältnis überhaupt eingegangen.

TROXLER²⁶³ spricht in der Gegenüberstellung zur Kapitalbeteiligung bei der Aktiengesellschaft von "persönlichkeitsgestalteten" Beziehungen der Genossenschafter. Mit dieser Wortschöpfung macht er deutlich, welche entscheidende Bedeutung der Individualität des einzelnen dort zukommt.

Sie äußert sich beispielhaft darin, daß in § 708 BGB²⁶⁴ das Gesetz die Sorgfaltspflicht der Eigenart dieser Persönlichkeit angepaßt hat. BALLERSTEDT²⁶⁵ sieht zu Recht in dieser Vorschrift als tragenden Gedanken, daß sich die Gesellschafter wegen der "individuellen Persönlichkeit", der besonderen Sachkunde, Erfahrung, Vermögenslage usw. des einzelnen Partners, zusammenschließen und darauf vertrauten, daß jeder mit den in seinen eigenen Angelegenheiten bewährten Eigenschaften hinreichende Bürgschaft für ordnungsgemäßes Verhalten auch in Gesellschaftsangelegenheiten biete.

262) GLOOR, S.11.

263) TROXLER, S.20.

264) Kein solches personenbezogenes Element enthält § 690 BGB für die unentgeltliche Verwahrung: das Gesetz will dem einzelnen nicht unentgeltlich mehr Sorgfalt als in eigenen Angelegenheiten zumuten.

265) BALLERSTEDT, JuS 1963,253 ff(258), der im übrigen auf eine durch den zu verfolgenden Zweck begründete Gemeinschaft abstellt; Zweifel an der rechtspolitischen Angemessenheit des § 708 BGB erhebt neuerdings wieder HOFFMANN, NJW 1967,1207 ffmit Nachw.

Wird aber in dieser Ausschließlichkeit auf die Fähigkeiten des einzelnen abgestellt, so ist damit zugleich gesagt, daß nur selten zu beweisen wäre, daß bewußt nicht den eigenen Möglichkeiten entsprechend gehandelt wurde. Hier ist daher in besonderem Maße Treue zu dem Versprechen (den Gesellschaftszweck zu fördern) zu verlangen.

2. Soweit der Grund einer Treuepflicht in "persönlicher Verbundenheit", "Bindung" u.ä. der Beteiligten gesehen wird, gehen die Zweifel überwiegend nicht dahin, ob in diesen Beziehungen überhaupt der Anlaß einer Forderung nach Treue zu sehen ist. Vielmehr betreffen sie die Frage, ob sie im Einzelfall bestehen. Dabei stehen jene Arbeitsverhältnisse im Mittelpunkt des Streites, in denen der Arbeitgeber eine Kapitalgesellschaft ist oder bei denen es sich um einen Großbetrieb handelt²⁶⁶. Diese Zweifel in einem einzelnen Rechtsverhältnis können hier ausgeklammert werden.

FARTHMANN²⁶⁷ bezweifelt darüber hinaus grundsätzlich, daß die persönliche Verbundenheit ein stichhaltiges Kriterium für ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis sein könne: Auch

266) SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, 9. Auflage, vor § 611 Anm. 12: außerdem sei die Auswechslung des AG bei Verkauf oder Vererbung des Unternehmens durchaus anerkannt; MAUS, Hdb V, S. 7: nur Betriebsbezogenheit und Zweckerfordernisse des Arbeitsverhältnisses; FARTHMANN, RdA 1960, 5 ff(6); auf S. 7 verweist er ferner auf sog. "mittelbare" Arbeitsverhältnisse, zB den Gesamthafenbetrieb; KLOPPER, S. 58: bei juristischen Personen als AG seien "wohl" nur die "objektivierten Arbeitsleistungen" entscheidend - im Großbetrieb könne von "persönlicher" Bindung keine Rede sein; HAUCK, S. 37 f, 74: verneint sie darüber hinaus, weil der AN nicht mehr sein ganzes Leben in den Dienst seines Herrn stelle.

267) FARTHMANN, aaO, S. 7; ferner ZÖLLNER, S. 339, der die praktische Brauchbarkeit der persönlichen Bindung als Mittel bezweifelt, um besondere Rücksichtspflichten (bei der Stimmrechtsausübung) aus ihr abzuleiten.

Auch bei den Schuldverhältnissen des BGB, also z.B. beim Kauf, könne sich infolge langjähriger Geschäftsverbindungen eine besondere Verbundenheit zwischen den Beteiligten gebildet haben. Trotzdem würde niemand deswegen ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis annehmen.

FARTHMANN ist in seiner ablehnenden Haltung zuzustimmen, falls unter "persönlicher Verbundenheit" persönliche Sympathie und Freundschaft verstanden wird. Hier wird nicht ersichtlich, wie das Recht daraus irgendwelche Forderungen herleiten sollte und wie diese gar bei der Ungreifbarkeit dieser Seelenzustände mit der Rechtssicherheit vereinbar wären.

In anderen Fällen liegt der Verdacht nahe, daß es sich bei der "persönlichen Verbundenheit" um ein unscharfes "Kryptoargument"²⁶⁸ handelt, das "personenrechtliche"²⁶⁹ oder andere Gesichtspunkte verdeckt.

Das zeigen die wechselnden Begründungen LEHMANNs in Fällen, in denen persönliche Bindungen im obigen Sinn von Sympathie und Freundschaft nicht vorliegen. Während er von der engen Verbundenheit der Personalgesellschaften²⁷⁰ und dem persönlichen Treueverhältnis im nicht rechtsfähigen Verein²⁷¹ spricht, soll beim rechtsfähigen Verein diese enge Beziehung zu diesem selbst bestehen²⁷².

VII. Das Vertrauen

In den Erörterungen zur Treuepflicht nehmen neben der "personenrechtlichen Gemeinschaft" "Vertrauensverhältnis" und "Vertrauensstellung" eine hervorragende Stelle²⁷³ ein.

268) Zum Begriff s.o. I.

269) s.o. III, IV.

270) LEHMANN, GesR S.108.

271) LEHMANN, aaO, S.182.

272) LEHMANN, aaO, S.182,188.

273) Der Ausschuß für Schuldrecht der Akademie für deutsches Recht schlug in § 2 des Entwurfs zur Abänderung des Schuldrechts folgende Erweiterung des § 242 BGB vor (abgedruckt bei STOLL, Leistungsstörungen, S.61,129):

1. a) HUBMANN geht in seiner Dissertation²⁷⁴ von einem Vergleich der Begriffe Treue und Vertrauen aus. Unter Berufung auf NICOLAI HARTMANN²⁷⁵ stellt er fest²⁷⁶, daß Treue und Vertrauen nicht nur sprachlich eng zusammengehören, sondern daß die Treue des einen ihre Ergänzung im Vertrauen des anderen finde. Das Vertrauen wirke wie die Treue in die Zukunft. Es bestimme die Gedanken eines Menschen, die sich auf etwas vom anderen zu Verwirklichendes richteten, und lege damit zugleich Inhalt und Umfang der Treue des anderen fest, gebe an, was von ihm erwartet werde. Umgekehrt beeinflusse die Treue Inhalt und Umfang des Vertrauens des anderen, indem sie entsprechende Hoffnungen und Erwartungen wecke²⁷⁷. Jedes Treueverhältnis zwischen Personen sei damit notwendig zugleich ein Vertrauensverhältnis.

Die für die vorliegende Untersuchung allein bedeutsame (erste) These, wonach das Vertrauen Inhalt und Umfang der Treue bestimmt, wäre in dieser uneingeschränkten Aussage ersichtlich zu weitgehend, wenn man hieraus eine Rechtspflicht zu einem entsprechenden Verhalten herleiten wollte: Der Treuepflichtige würde durch unberechtigtes oder nicht geäußertes und damit unkontrollierbares Vertrauen in un absehbarem Umfang belastet.

"Schuldner und Gläubiger stehen von Beginn der Vertragsverhandlungen bis zur Beendigung des Schuldverhältnisses in einem gegenseitigen Vertrauensverhältnis (Treupflicht)".

274) Deren Ergebnis er später in ZHR 119,136 aufrechterhält (in der Besprechung der Schrift KÜSTERS).

275) NICOLAI HARTMANN, S.469, bezeichnet das Vertrauen als Komplementärwert der Treue.

276) HUBMANN, S.lo.

277) HUBMANN, S.11.

Auch HUBMANN²⁷⁸ verkennt nicht, daß es sich beim Vertrauen um eine innere Haltung und Gesinnung handelt und daß das Recht daher nicht jedes Vertrauen schützen kann. Er glaubt dieser Schwierigkeit einmal begegnen zu können, indem er das Recht "in seiner typisierenden Tendenz" allgemein "das Vertrauen des Rechtsverkehrs" oder vermutetes Vertrauen des einzelnen schützen läßt, dort wo es veranlaßt worden sei²⁷⁹. Es entstehe eine Treuepflicht daher auch dort, wo vielleicht im Einzelfall Mißtrauen statt Vertrauen vorhanden sei²⁸⁰.

Schon hier entsteht eine nicht zu gering zu veranschlagende Gefahr in der Form von Verständnisschwierigkeiten, die sich bei einer solchen rechtlichen "Verobjektivierung" von Begriffen ergeben, die in der Vorstellung der Allgemeinheit gerade Beispiele höchster Subjektivität sind.

Zum anderen soll nach HUBMANN²⁸¹ eine Treuepflicht nur dann gegeben sein, wenn ein eigener Willensakt durch Worte oder Handlungen - also durch Dritten erkennbares Verhalten - Vertrauen hervorgerufen habe²⁸². Damit muß er nur noch die Frage beantworten, warum dieses Vertrauen vom Recht zu schützen ist. Nach seiner Ansicht²⁸³ ist das Vertrauen jene Macht, die dem Willen Schranken setzt und verhindert, daß er zur Willkür wird: Es könne nicht vom Erklärenden abhängen, ob er sein Versprechen halten wolle, auf das der andere vertraue²⁸⁴. Das Vertrauen als so verstandenes Willkürverbot kann nicht Grund einer selbständigen, über das Versprechen hinausgehenden Verpflichtung sein. Es kann nur die Erfüllung der Pflichten fordern, die nach Maßgabe der Willenserklärung zu bestimmen sind.

278) HUBMANN, S.27 f.

279) HUBMANN, S.27,34.

280) HUBMANN, S.36; zur Kritik s.u. 2) Anm.306.

281) HUBMANN, S.15,33,36.

282) HUBMANN, S.34 ff, verweist auf die gleiche Situation bei Rechtsscheinhaftung, Verwirkung, cic.

283) HUBMANN, S.28,34: das Vertrauen werde geschützt zB in: §§ 932, 892 BGB, 15 HGB.

284) HUBMANN, S.16, (18).

Damit steht noch im Einklang, wenn HUBMANN²⁸⁵ Inhalt und Umfang der Treue verschieden sein läßt je nach dem Sinn der Willenserklärung und der Art des Rechtsverhältnisses. Ihm ist auch zu folgen, wenn die Treue die Beharrung des zum Ausdruck gekommenen Willens über die Veränderlichkeit der Zeit, der Umstände und des Menschen hinweg bis zur vollständigen Leistungserbringung verlangen soll²⁸⁶. Bei diesen erkennbaren Veränderlichkeiten mag ein Vertrauen berechtigt sein, der Versprechende werde die bei der Erfüllung einer über längere Zeit abzuwickelnden Rechtsbeziehung entstehenden Schwierigkeiten überwinden. Als widersprüchlich zu HUBMANNs Ausgangspunkt muß es jedoch angesehen werden, wenn er²⁸⁷ meint, im personenrechtlichen Verhältnis und bei Dauerschuldverhältnissen entstehe aus dem ständig größer werdenden gegenseitigen Vertrauen eine Pflicht zu immer intensiverer Treue, ohne daß er einen Anlaß für diese Steigerung des Vertrauens angibt, es sei denn, er sehe plötzlich und unbegründet in der Dauer einer Beziehung den selbständigen Anlaß einer Treueforderung.

b) Da nach seiner Auffassung die Treue sich auf jeden Gegenstand richten kann²⁸⁸, gelangt HUBMANN folgerichtig zu der Feststellung²⁸⁹, daß ebenso wie Wille und Vertrauen auch Leistungs- und Treuepflicht als ihre Wirkungen bei allen Rechtsgeschäften, die nicht sofort erfüllt werden, gegeben sind.

HUBMANN²⁹⁰ möchte den Begriff Treuepflicht jedoch aus terminologischen Gründen auf die sogenannte "persönliche Treue" beschränken. Sobald die Treue sich auf eine Person richte, sei sie in ihrem Inhalt und Umfang kaum mehr abzugrenzen. Sie bestimme sich "eigentlich" nur nach dem Maß des Vertrauens des anderen²⁹¹. Einer nahen persönlichen Verbindung entspreche

285) HUBMANN, S.37.

286) HUBMANN, S.29.

287) HUBMANN, S.15,18.

288) HUBMANN, S.16.

289) HUBMANN, S.29.

290) HUBMANN, S.46; vgl. LARENZ, Lb I, § 2 I (S.6): "gesteigerter Pflichtbindung" vorbehalten"; WÖLBING, S.9;

ein "besonderes Vertrauen von Person zu Person"²⁹². Dies werde vom Recht als typisch zugrundegelegt, und aus ihm entstehe eine besondere Treuepflicht. Als besondere Anwendungsgebiete dieser Grundsätze nennt HUBMANN die oHG²⁹³ und das Arbeitsverhältnis²⁹⁴.

Damit gibt er auch hier²⁹⁵ die vorher von ihm erarbeiteten Grundsätze wieder preis. Weil er nicht mehr auf ein dieses "besondere Vertrauen" veranlassendes Verhalten (einen Willensakt) zurückgreift, taucht ein neuer komplexer subjektiver und darum ungreifbarer Vertrauensbegriff auf. Das Vertrauen vermag dadurch das von HUBMANN²⁹⁶ als notwendig erkannte Ziel nicht mehr zu erreichen, als Willkürverbot zu wirken. Das zeigt sich an dem von ihm²⁹⁷ herangezogenen Beispiel der oHG: Der gemeinsame Zweck könne wegen der unbestimmten zukünftigen Entwicklung nicht in allen Einzelheiten festgelegt werden. Die Gesellschafterpflichten würden daher aus dem zugrunde liegenden Vertrauensverhältnis ergänzt. Hier muß jede Rechtssicherheit fehlen, solange über dessen Inhalt und Grenzen nichts ausgesagt wird. Dies wird bestätigt, wenn HUBMANN²⁹⁸ ausführt, zur Gesellschaft schlossen sich nur Menschen zusammen, die wüßten, "was sie voneinander zu halten hätten", die einander vertrauten; und der Arbeiter suche sich normalerweise einen Arbeitgeber, der ihm Vertrauen zu verdienen scheine²⁹⁹.

Damit wird das Vertrauen bei HUBMANN zu einem ungreifbaren subjektiven Begriff, der zur Konkretisierung der Treuepflicht nichts beizutragen vermag.

FEHRENSSEN, S.81.

291) HUBMANN, S.45.

292) HUBMANN, S.40.

293) HUBMANN, aaO.

294) HUBMANN, S.41.

295) s.o. a) a.E.

296) HUBMANN, S.14,16,28.

297) HUBMANN, S.40.

298) HUBMANN, S.41.

299) HUBMANN, aaO.

2. EICHLER³⁰⁰ meint in seiner Monographie, das "herkömmliche Anwendungsgebiet" der Treuepflicht in jenen Vertragstypen zu finden, "die sich ihrer ganzen Anlage und Zweckrichtung nach auf einem dem Wesen der Sache entsprechenden, persönlichen Vertrauen aufbauen". Wenn er behauptet³⁰¹, der Treuegedanke biete sich im Recht in schillernden Farben dar, während der Vertrauensbegriff in erstaunlichem Maße einer Konkretisierung fähig sei, so lassen bereits die von ihm angeführten Beispiele³⁰² den Verdacht aufkommen, daß hier verschiedene Vertrauensbegriffe "konkretisiert" werden.

EICHLER geht zwar von der einheitlichen Definition des Vertrauens im GRIMMSchen Wörterbuch³⁰³ aus. Danach bezeichnet es einen "höheren Grad der Erwartung als Hoffnung, aber einen schwächeren als Zuversicht". Gleich im Anschluß hieran finden wir schon das erste Eingeständnis EICHLERS³⁰⁴, daß auch der Begriff des Vertrauens schillernde Farben zeige. Als Beispiel für seine Vieldeutigkeit führt er an, daß es z.B. den Sinn von Anerkennung, Billigung und Einverständnis annehmen und die Folgen bereits erworbenen Vertrauens ausdrücken könne³⁰⁵.

Es genügt an dieser Stelle, darauf hinzuweisen, daß bei einem solch umfassenden Vertrauensbegriff möglicherweise für den noch nicht näher bekannten Sohn des verstorbenen Gesellschafters, der durch Erbfall in die Gesellschaft eingetreten ist, für den vertraglich aufgenommenen neuen Gesellschafter oder den eine neue Arbeitsstelle antretenden Arbeitnehmer noch keine Treuepflicht zu fordern wäre, da sie noch kein Vertrauen erwerben konnten³⁰⁶.

Die Schwierigkeiten, die durch ein übersteigertes Vertrauen

300) EICHLER, S.30.

301) EICHLER, S.31.

302) Wie Kreditwürdigkeit, kaufmännisches Vertrauen, Vertrauensgeschäft, Vertrauensspesen, Vertrauensmann, Vertrauensfrage, Vertrauensmißbrauch, Vertrauensbruch.

303) EICHLER, S.3.

304) EICHLER, S.3.

305) Der AG genieße das Vertrauen der Belegschaft; der Vorstand

entstehen, mögen nach HUBMANN³⁰⁷ und EICHLER³⁰⁸ durch ein nur auf äußeres Verhalten abstellendes Recht, das nur "die nach den durchschnittlichen Anforderungen des Verkehrslebens gebotene Schutzwürdigkeit des Vertrauens³⁰⁸ zugrundegelegt" behebbar sein. Ein nicht vorhandenes Vertrauen wäre in den oben genannten und den Fällen übersteigerten Mißtrauens, der Gedankenlosigkeit oder "unterdurchschnittlichen" Vertrauens jedoch als vorhanden zu fingieren, will man nicht jede Rechtssicherheit durch Abstellen auf das individuelle Ausmaß des Vertrauens verlieren.

EICHLER³⁰⁹ muß selbst feststellen, daß das Wort Vertrauen trotz der von ihm behaupteten "vielfachen Rechtsbedeutung" nur selten im Gesetz vorkommt, nämlich in den Kündigungsbestimmungen des § 627 BGB und des § 72 I Nr.1 HGB. Auch hierin scheint ein Indiz dafür zu liegen, daß dieser Begriff in seiner Komplexität rechtlich nicht unmittelbar verwendbar ist und es einer näheren Umschreibung der Tatbestände bedarf, die mit dem Vertrauensgedanken in Zusammenhang gebracht werden.

Ein solches "besonderes, persönliches Vertrauensverhältnis mit eigentümlichen Rechtsfolgen" soll nach EICHLER³¹⁰ dadurch entstehen, daß das "persönliche Moment in der Natur der Vertragsbeziehungen" hervorgehoben werde. Es sei durch eine "Steigerung des Vertrauensbeweises" gekennzeichnet, dem eine Erhöhung des Vertragsrisikos auf der einen und eine Erweiterung der Selbständigkeit auf der anderen Seite entspreche. Der Vertrauensbeweis sei umso größer, je mehr der Vertrauende seine In-

der Aktiengesellschaft das der Aktionäre; die Regierung das Vertrauen des Parlamentes.

306) Es sei denn durch Zeugnisse und Leumund.

307) s.o. 2); HUBMANN, S.27,34.

308) EICHLER, S.5.

309) EICHLER, S.7.

310) EICHLER, S.9.

teressen der Wahrnehmung eines anderen überlasse³¹¹.

Zwar wird der Ansatzpunkt der Definition, das "persönliche Moment", nicht erläutert: EICHLER³¹¹ stellt nur negativ fest, daß ein persönliches Vertrauensverhältnis beim Kaufvertrage nicht entstehe. Ferner sei die Vertragsdauer allein regelmäßig noch kein entscheidender Faktor. Aber die übrigen Merkmale dieses "persönlichen Vertrauensverhältnisses" wie "Steigerung des Vertragsrisikos", "Erweiterung der Selbständigkeit" und "Interessenwahrung durch andere" lassen erkennen, daß die Probleme, die EICHLER mit der Treuepflicht lösen will, dieselben sind, die wir im "personenrechtlichen" Verhältnis³¹² fanden.

Die Mehrdeutigkeit des Vertrauensbegriffs zeigt sich nochmals, wenn EICHLER³¹³ das Vertrauensverhältnis der "vorkontraktlichen Berührung" als "strukturell grundverschieden" von den Vertrauensverhältnissen des Dienst- oder Gesellschaftsrechtes bezeichnet. Es trete nämlich ohne Rücksicht auf die Natur der angebahnten Vertragsbeziehungen gewissermaßen als Ersatz an die Stelle der noch fehlenden vertraglichen Bindung.

Bei diesen "vielfachen Vorstellungen eines Vertrauensverhältnisses"³¹⁴ kommt auch EICHLER im Widerspruch zu seinem Ausgangspunkt, der Überzeugung von der Konkretisierbarkeit des Vertrauensbegriffes, am Ende seiner Monographie in einer Fußnote³¹⁵ zu der Frage, ob man es beim Vertrauen überhaupt mit einem festumrissenen Rechtsbegriff zu tun habe: In Anbetracht des vieldeutigen Sinnes des Vertrauens, der von der bloßen Erwartung bis zur innigen Gefühlskundgebung hinaufreiche, lasse sich ein fester Begriff kaum prägen. Er möchte es eher als ein "Grundelement der Rechtsordnung" bezeichnen, und zwar

311) EICHLER, S.10.

312) s.o. III, IV, VI.

313) EICHLER, S.13.

314) EICHLER, aaO.

315) EICHLER, S.109 FN 3; ihm zustimmend: STAUDINGER-KESZLER, Anm.360 vor § 705.

wegen seiner "elementaren Kraft" sowie wegen seiner "Tendenz auf das Redliche und Rechtliche".

3. Die übrigen zahlreichen Äußerungen, die das Vertrauen in irgendeine Beziehung zur Treuepflicht bringen, leiden in der Mehrheit darunter, daß sie diesen Begriff nicht näher erläutern und dadurch keine Handhabe bieten, mit der das Maß und die Grenzen dieses Vertrauens zu bestimmen wären.

a) Die eine Gruppe der Meinungen läßt ohne nähere Begründung ein "besonderes Vertrauensverhältnis"³¹⁶, ein (in Dauer-schuldverhältnis und ständiger Geschäftsverbindung) "erhöhtes gegenseitiges Vertrauen"³¹⁷ oder das durch den Zusammenschluß erzeugte besondere gegenseitige Vertrauen³¹⁸ Treuepflichten erzeugen und in Ausmaß und Stärke bestimmen³¹⁹. So heißt es beispielhaft in einer Entscheidung des damaligen Obersten Gerichtshofes für die britische Zone nur, die Treuepflicht des Gesellschafters beruhe "in dem Vertrauensverhältnis zu seinen Mitgesellschaftern"³²⁰, sie erwachse aus dem gegenseitigen Vertrauen der Gesellschafter³²¹.

316) LARENZ, Lb II, § 50 (S.248); STAUDINGER-KESZLER, Anm. 35a vor § 705, obgleich er unter Anm.36c EICHLER darin zustimmt, daß sich Vertrauensmomente weder tatbestandsmäßig ergreifen, noch erschöpfend aufzählen lassen; vgl. ferner für die Anwendung von Treu und Glauben in der auf besonderem Vertrauen beruhenden GmbH: RGZ 128,1 ff(16); RGZ 142,212 ff(216,218).

317) SOERGEL-SIEBERT, § 242 Anm.84, 9.Auflage.

318) BAG SAE 1959,178 mit zust. Anm. von BOHN; KRÖGER, Nebenl., S.34; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 230,234,(268); CRAMER, S.2; SCHMUTZER, S. 2,22.

319) s.u. 8. Kap. III 6) zum Vertrauen als Maßstab.

320) OGHZ 4,66 ff(73); passim BGH BB 1959,92: "das gegenseitige Vertrauen der Gesellschafter zueinander ist die Grundlage, auf der die Personalgesellschaft gegründet ist".

321) OGHZ, aaO (74).

b) Anhaltspunkte dafür, daß sie ein objektiviertes, sachbezogenes und kein persönliches Vertrauen meinen, finden sich bei LEHMANN, REISCHACH und FEHRENSSEN.

LEHMANN³²² spricht von Vertrauen, das sich die Gesellschafter entgegenbringen "müßten", REISCHACH³²³ davon, die Gesellschafter müßten sich "gut aufeinander verlassen können". Als ein Beispiel für diese objektive Notwendigkeit führt REISCHACH³²⁴ aus, daß die Gesellschafter darauf vertrauen müßten, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer seine Vertretungsmacht im Sinne aller übrigen ausübe. Er weist damit als entscheidenden Grund für das "Vertrauenmüssen"³²⁵ auf die gegenseitigen Gefährdungsmöglichkeiten in der Gesellschaft hin. Auf ähnliche Gedanken läßt schließen, wenn LEHMANN³²⁶ für die Kommanditisten nur eine eingeschränkte Treuepflicht fordert, da sie von den geschäftlichen Vorgängen nur eine unvollkommene Kenntnis erlangten, so daß deren Ausnutzung zum Nachteil der Gesellschaft regelmäßig nicht zu befürchten sei. Ebenso will FEHRENSSEN³²⁷ eine Treuepflicht der Aktiengesellschaft zum Aktionär damit begründen, daß dieser sein Geld mit Zahlung der Einlage ihr "anvertraue".

c) Die Äußerungen HUECKs zu der Frage, welche Stellung dem Vertrauen im Verhältnis zur Treuepflicht zukommt, sind nicht eindeutig.

Einerseits soll die Treuepflicht sich ausschließlich aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben, so daß man auch von Vertragstreue statt Gesellschaftstreue sprechen könne³²⁸. Dabei soll nur zu beachten sein, daß beim Gesellschaftsvertrag das Treueband stärker sei als bei den üblichen Austauschverträgen, da

322) LEHMANN, GesR S.108.

323) REISCHACH, S.26.

324) REISCHACH, S.9.

325) Ebenso wie für die "personenrechtliche Gemeinschaft": s.o. III 4).

326) LEHMANN, GesR S.153.

327) FEHRENSSEN, S.111.

er die Grundlage einer auf besonderem Vertrauen beruhenden Gemeinschaft sei. Aus der Formulierung³²⁹, daß die anderen Gesellschafter darauf "vertrauten", daß der Mitgesellschafter und Geschäftsführer seine Tätigkeit getreu dem Versprechen dem Gesellschaftszweck widmen werde, könnte man schließen, daß hier das Vertrauen nur als unselbständiges, neben der Treuepflicht auf dem Vertrag beruhendes Element angesehen wird, als ihr Spiegelbild, nicht jedoch als ihre Grundlage.

An anderer Stelle spricht HUECK³³⁰ aber davon, daß sich die Anforderungen an die Treuepflicht im Arbeitsverhältnis entsprechend dem gegenseitigen Vertrauen verstärken. Danach würde dies eine zumindest dem Vertrag gleichgeordnete Bedeutung für die Inhaltsbestimmung der Treuepflicht erhalten.

d) Auch WLOTZKE, VOLZE³³¹ und HAUCK³³² lassen eine (besondere) Vertrauensstellung (des Arbeitnehmers) Inhalt und Umfang der Treuepflicht erweitern. Bei ihnen ist diese "Vertrauensstellung" jedoch nur der Oberbegriff für eine Reihe im einzelnen aufgeführter Umstände des Arbeitsverhältnisses, wie Anteil des Arbeitnehmers an der (mit dem Arbeitgeber) gemeinsamen Arbeit, persönliche Beziehung zum Arbeitgeber³³³, bzw. Art des Arbeitsverhältnisses und Stellung des Arbeitnehmers im Betriebe (etwa Prokurist oder Kassenangestellter)³³⁴.

e) KNÖPFEL³³⁵ und ZÖLLNER³³⁶ wollen zwar nicht auf eine Begründung (der Intensität) der Treuepflicht mit dem Ausmaß des Vertrauens unter den Beteiligten verzichten; aber sie versuchen noch mehr als die oben angeführten Autoren, diesen unbestimm-

329) HUECK, aaO.

330) HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 37 I (S.242) (neben der engen persönlichen Beziehung).

331) SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, § 611 Anm.73.

332) HAUCK, S.39.

333) HAUCK, aaO: neben der Dauer der "Arbeitsgemeinschaft".

334) SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, aaO.

335) KNÖPFEL, S.9,55.

336) ZÖLLNER, S.339 f.

ten Ausdruck in den Griff zu bekommen.

Nach KNÖPFEL³³⁷ soll die sog. "Vertrauenslage" nur noch Bedeutung haben als einer von drei Faktoren, die zusammen die gesellschaftliche Bindung ausmachen, der die Intensität der Treuepflicht entsprechen soll; nämlich neben den Funktionen des Gesellschafters in der Gesellschaft und dessen Interessen an ihr. Ferner stellt KNÖPFEL³³⁸ die Forderung auf, daß es sich um eine "konkrete" Vertrauenslage handeln müsse, daß - beispielsweise - ein Mitgesellschafter auf Informationen eines anderen Gesellschafters vertraue.

Auch bei ZÖLLNER³³⁹ ist das "gegenseitige Vertrauen" nur einer von drei Punkten zur Bestimmung der Intensität der Treuebindungen. Er nennt den Begriff des Vertrauens "kaum weniger unbestimmt als den der Treue"³⁴⁰ und spricht³⁴¹ von "ohnehin nur fiktivem persönlichen Vertrauen". Dennoch hält ZÖLLNER³⁴² das "persönliche Vertrauensmoment" noch für möglicherweise bedeutsam für das Ausmaß der durch die Treuepflicht begründeten oder gestalteten Einzelpflichten (etwa der des Geschäftsführers zum nicht-geschäftsführenden Gesellschafter).

Für das Ausmaß der Beschränkung der Rechte des Gesellschafters zugunsten der Interessen der Gesellschaft sei das persönliche Vertrauen jedoch nicht entscheidend³⁴³. Vielmehr sei die Stärke des dem einzelnen anvertrauten Einflusses auf die Angelegenheiten der Gesamtheit maßgebend. Es komme darauf an, daß der eine Partner im Vertrauen auf ein entsprechendes

337) KNÖPFEL, S.55.

338) KNÖPFEL, S.56,(100), 118.

339) ZÖLLNER, S.338.

340) ZÖLLNER, S.339.

341) ZÖLLNER, S.342.

342) ZÖLLNER, S.340.

343) ZÖLLNER, S.341.

sachliches Wohlverhalten des begünstigten Teils sich einer bestimmten Rechtsmacht begibt, mithin dem anderen Einfluß auf seine Interessen einräumt³⁴⁴.

Damit finden wir auch bei ZÖLLNER wie schon bei LEHMANN, REISCHACH und FEHRENSSEN³⁴⁵ die besondere Gefährdungsmöglichkeit als Anlaß einer Treueforderung.

f) BLOMEYER³⁴⁶ ist der Ansicht, das Vertrauen könne überhaupt nicht Grundlage der Treuepflicht sein. Denn es bestehe gerade dann eine Treuepflicht, wenn das Vertrauen unter den Gesellschaftern gestört oder falls vom Anfang keines vorhanden sei³⁴⁷.

Seiner Argumentation ist nur zuzustimmen, wenn man das Vertrauen einzig als persönliches auffaßt. Auch dann verkennt sie jedoch, daß ein einmal erzeugtes Vertrauen auf ein bestimmtes Verhalten gerade ein Beharren in der Krisensituation fordert und spätere Willkür ausschließt.

Mit derselben Begründung, mit der er die persönliche Verbundenheit für unbeachtlich hält³⁴⁸, lehnt FARTHMAN es auch ab, das Vertrauen als bedeutsam für die Treuepflicht anzuerkennen³⁴⁹.

g) In der Schweizer Diskussion spielt das Vertrauen nur eine unbedeutende Rolle. FROMER³⁵⁰ wollte eine Treuepflicht der

344) ZÖLLNER, S.342.

345) s.o. b).

346) BLOMEYER, S.30 f.

347) Er denkt dabei etwa an den Fall, daß ein Techniker nur wegen seiner Kenntnisse in die Gesellschaft aufgenommen wurde.

348) s.O. VII 2).

349) FARTHMAN, RdA 1960,5 ff(7).

350) FROMER, ZSR 1939,210 ff(217).

Aktionäre untereinander annehmen, soweit sie "im Vertrauen auf das loyale Verhalten der Mitaktionäre" der Gesellschaft beigetreten seien. Ebenso wie FROMER meint BENZ³⁵¹ das persönliche, subjektive Vertrauen, wenn er die Treuepflicht als unerlässlich in einem Verhältnis bezeichnet, das auf besonderem gegenseitigen Vertrauen beruht.

4. Die Untersuchungen insbesondere EICHLERS³⁵² und HUBMANNs³⁵³ zeigen, daß weder für die Begründung noch für Ausmaß und Grenzen der Treuepflicht auf das persönliche Vertrauen abgestellt werden kann, das sich die Beteiligten des Einzelfalles einander erweisen. Abgesehen von der Schwierigkeit, überhaupt eine klare Begriffsbestimmung des Vertrauens zu finden, würde die Rechtssicherheit den irrationalen Sympathien und Antipathien der Beteiligten geopfert.

Will man danach überhaupt mit dem "Vertrauen" arbeiten, so erscheint seine Objektivierung in der Weise unerlässlich, daß Situationen und Interessenlagen herausgestellt werden, in denen ein leidenschaftslos urteilender Beteiligter in rechtlich anerkennenswerter und schutzwürdiger Weise Vertrauen haben würde, mag dies auch im Einzelfall fehlen. Eine Bestätigung dieser Ansicht können wir in § 627 BGB sehen. Hier ist von Diensten die Rede, "die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden "pflegen"" und damit gerade nicht aus subjektivem Vertrauen des Konkreten Falles³⁵⁴.

Bei einer Typisierung mag es noch problemlos erscheinen, ein

351) BENZ, S.31,23.

352) s.o. 2).

353) s.o. 1).

354) Nicht so eindeutig ist § 72 Abs.1 Nr.1 HGB, der nur von einem Mißbrauch "des Vertrauens" durch den Handlungsgehilfen spricht, aber sinnvoll auch nur typisiertes Vertrauen meinen kann.

allgemeines Vertrauen dahingehend anzunehmen, daß jedermann entsprechend seinen Willenserklärungen und seinem sonstigen zurechenbaren Verhalten handelt. Damit würde ein umfassendes Willkürverbot begründet.

Dieser Gedanke reicht jedoch nicht mehr aus, wenn von einem "besonderen" - wie in § 627 BGB - oder einem "gesteigerten" Vertrauen die Rede ist. Unter diesen Begriffen kann sinnvoll nur die Erwartung verstanden werden, der andere werde ungewöhnlich große Möglichkeiten zur Willkür, d.h. zur Abweichung von seinem Versprechen, nicht ausnutzen, sondern sich auch hier nach besten Kräften und Wissen um dessen sinnvolle Erfüllung bemühen.

Das "besondere Vertrauen" kann damit ersichtlich die Folge verschiedener Umstände einer Rechtsbeziehung sein, die in gesteigertem Maße ein Beharren des Schuldners bei seinem Versprechen verlangen. Wir müssen daher in ihm wie in dem "Wesen" eines Rechtsverhältnisses ein sog. Kryptoargument³⁵⁵ in der Diskussion um die Treuepflicht sehen. Es gilt deshalb auch hier, die durch dieses Argument verdeckten Anlässe zu finden, die in bestimmten Rechtsverhältnissen zur erhöhten Gefährdung der Erfüllung führen³⁵⁶, und sie dann selbständig zu würdigen.

Durch dieses Abstellen auf die sachlichen Erfordernisse eines Rechtsverhältnisses lösen sich zugleich die sonst unüberwindbaren Schwierigkeiten beim Fortfall des persönlichen

355) s.o. I.

356) Etwa die Dauer eines Verhältnisses mit den unvorhersehbaren Möglichkeiten der Entwicklung; das schon erörterte Abstellen eines Verhältnisses auf die Persönlichkeit; die Verpflichtung, einen Zweck zu fördern, mit der Ungewißheit, was förderlich sein wird; vgl. NICOLAI HARTMANN, Ethik, S.470: der Vertrauende gibt sich in die Hand dessen, dem er traut.

Vertrauens oder bei der sog. Entpersönlichung des Arbeitsverhältnisses, wo ein persönliches Vertrauen nicht mehr denkbar ist, da die Parteien des Arbeitsvertrages sich noch nicht einmal kennen.

VIII. Die Pflicht, einen Zweck zu fördern

1. Die Pflicht, einen Zweck zu fördern, spielt bei den Untersuchungen zur Treuepflicht eine ähnlich hervorstechende Rolle wie das "Vertrauen" und die "personenrechtliche Gemeinschaft".

a) Eine Gruppe der Meinungen faßt die Treuepflicht als "Zweckförderungspflicht"³⁵⁷ auf. Ihr entsprechen zahlreiche Äußerungen in der schweizerischen Literatur³⁵⁸.

Anlaß der Treueforderung soll die in einem Rechtsverhältnis - überwiegend einer Gesellschaft³⁵⁹ oder einem Arbeitsverhältnis³⁶⁰ - bestehende Verpflichtung der Beteiligten sein, einen bestimmten Zweck zu fördern. Dabei wird von der überwiegenden Meinung³⁶¹ die Treuepflicht nur als andere Bezeichnung für diese Vertragspflicht angesehen, während die Mindermeinung³⁶²

357) So vor allem KNÖPFEL, S.21: allgemein: Pflicht aus Treu und Glauben, den mit der Hauptleistung bezweckten Erfolg zu fördern; S.34 ff: bei der Personalgesellschaft; ihm folgend: FEHRENSSEN, S.69,146.
Im Gesellschaftsverhältnis: BGH Betr. 1953,352; (ferner) BGHZ 44,40 ff(41): Anpassung der Tätigkeitsvergütung des geschäftsführenden Gesellschafters, falls dies für eine verständige Weiterverfolgung des Gesellschaftszwecks dringend geboten ist; RG JW 1935,1773 (LS); OGHZ 4,66 ff (73); OLG Nürnberg WM Teil IV 1962,731 f(731); ZÖLLNER, S.318 ff; SCHLEGELBERGER-GESZLER, § 109 Anm.1; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.7, 46; HUECK, Festschr.f.Hübner, S.72 ff(80); KLAUSING, Festschr.f.Schlegelberger, S.405 ff(424) (Aktiengesellschaft); SCHÜTTE, S.70 f; BECHER, NJW 1961,1998 ff(1999); LANTZKE, S.9; BLOMEYER, S.76; SCHMUTZER, S.26,40,90; BRÜGGEMANN, S.50; REISCHACH, S.26.
Im Arbeitsverhältnis: MAUS, Hdb V, S.7 f: Bezogenheit auf den Betrieb und dessen Zwecke; SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm.38: Förderung der Betriebszwecke; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.68: Einordnung in die Arbeitsaufgaben des Unternehmens; STECHER, RdA 1961,261 ff(262): Einsatz für den Betrieb in den Grenzen des gemeinsam verfolgten Zweckes, des Arbeitserfolges; HAUCK, S.37 f: Einsatz für die Arbeit; im Dienst- und Arbeitsverhältnis: GOERRIG, DGWR 1937,133 ff(135).

sie als zwar auf dasselbe Ziel hinausgehende, aber in der Grundlage verschiedene Pflicht darstellt.

Bei einer Gleichsetzung von Treue- und Zweckförderungspflicht liegt die Frage nahe, ob nicht einer der beiden Begriffe entbehrlich ist. So will KÜSTER³⁶³ durch die Bindung an den Zweck der Personenvereinigung die Bindung aus der Treuepflicht ersetzen, während umgekehrt FEHRENSSEN³⁶⁴ meint, mit der Anerkennung einer Treuepflicht, die die Bindung an den Gesell-

- 358) Im schweizerischen Recht: FROMER, ZSR 1939, 210 ff(214); BENZ, S.31, 149; GLOOR, S.6; TROXLER, S.19, 24
- 359) s.Anm.357, 1. und 2. Absatz, und Anm.358.
- 360) s.Anm.357, 3. Absatz.
- 361) RG JW 1935, 1773 (LS); EICHLER, S.61 FN 47; KÜSTER, S.87, 89; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.67; STECHER, RdA 1961, 261 (mit entspr. Definition); GOERRIG, DGWR 1937, 133 ff(135); KNÖPFEL, S.36, 41 FN 3; ihm folgend: FEHRENSSEN, S.69, 147; BRÜGGEMANN, S.50 f, 96; SCHÜTTE, S.70 f; ausdrücklich: SCHMUTZER, S.40, 89 f; BLOMEYER, S.43, 76; unklar BGH Betr. 1953, 352: an der gemeinsamen Förderung des Gesellschaftszwecks ausgerichtet; unklar zum Verhältnis von "personenrechtlicher Gemeinschaft", aus der er die Treuepflicht herleitet, und der "Zweckförderungspflicht": HUECK, Treueged.i.m.PrivatR., S.12, und OHG § 13 I 3 (S.140): die Treuepflicht gehe nur soweit wie im Gesellschaftsvertrag die Wahrung der Gesellschaftsinteressen versprochen worden sei; dagegen setzt er in: Festschr.f.Hübner, S.72 ff(80), Treuepflicht und (gesellschafts)vertragliche Pflicht zur Zweckförderung gleich; im Schweizerischen Recht: GLOOR, S.6, 41: Förderungspflicht als Ausfluß der Treuepflicht.
- 362) OGHZ 4, 66 ff(73); ZÖLLNER, S.318 ff; SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm.37; BALLERSTEDT, JuS 1963, 253 ff(256 f); NIKISCH, DAR 1938, 182 ff(183); LANTZKE, S.9; REISCHACH, S.14, 26; im Schweizerischen Recht: BENZ, S.31.
- 363) KÜSTER, S.90.
- 364) FEHRENSSEN, S.146 f.

schaftszweck umfasse, entfalle die Notwendigkeit, eine daneben bestehende Bindung anzuerkennen. Ob diese Gleichsetzung der Pflichten berechtigt ist, wird weiter unten³⁶⁵ zu prüfen sein.

b) Dieser Gruppe, die von einer "Zweckförderungspflicht" im Gesellschafts- oder Arbeitsverhältnis spricht, können die Äußerungen zugerechnet werden, die die Treuepflicht eine Pflicht nennen, das "Gesellschaftsinteresse" zu fördern, da hier der Begriff des Interesses gleichbedeutend mit dem des Zweckes gebraucht wird³⁶⁶. Um Mißverständnisse zu vermeiden, sind jedoch hiervon die Stellungnahmen zu unterscheiden, die die Treuepflicht mit der herrschenden Meinung als Pflicht, die Interessen des anderen zu "wahren", definieren³⁶⁷. Hier ist zunächst nur an eine Pflicht zu denken, die Interessen des anderen überhaupt zu beachten, sie nicht zu schädigen, und erst in zweiter Linie daran, sie zu fördern.

c) Während die bisher angeführten Stellungnahmen nur von der Förderung eines Gesellschaftszweckes oder Zweckes innerhalb eines Arbeitsverhältnisses sprachen, kennen WEBER und vor allem ESSER diese Beschränkung auf ein besonderes Rechtsverhältnis nicht, sondern stellen allgemein auf den "Vertragszweck" ab. Der Gesellschaftszweck erscheint nur als ein Unterfall³⁶⁸. Die Treuepflicht wird von ESSER als Pflicht zur Rück-

365) s.u. 2. a).

366) HUECK, OHG § 13 I 2 (S.140 f): "Gesellschaftsinteresse" als Richtschnur des Handelns, da Versprechen, den Gesellschaftszweck zu fördern; ferner in: Festschr.f.Hübner, S.72 ff (80); BAUMBACH-DUDEN, § 109 Anm.5; BRÜGGEMANN, S.50 f; BLOMEYER, S.34: "Verbandsinteresse", aber: S.76: "förderlich für den Gesellschaftszweck"; S.36: Zweck und Interesse werden gleichgestellt; REISCHACH, S.11,14: "Interessenförderung"; S.26: "Gemeinschaftszweck" der Gesellschaft; SCHMUTZER, S.26, spricht in einem Atemzuge von "Gesellschaftszweck" und "Gemeinschaftsinteresse"; im Schweizerischen Recht: BENZ, S.14 f,149: unterschiedslose Verwendung von Gesellschaftszweck und -interessen; GLOOR, S.6,41; RAAFLAUB, S.14: Interessenwahrung im Arbeitsverhältnis.

367) s.o. 3.Kap. IV.

368) ESSER, Lb § 36.5b; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm.A 172,246.

sicht auf den Vertragszweck bezeichnet³⁶⁹, wobei sich die Rücksicht auch im "Normalfall" als aktive Mitwirkungspflicht darstellen könne³⁷⁰.

WEBER kommt zu demselben Ergebnis, indem er die gesellschaftliche "Treuepflicht" als lediglich andere Bezeichnung für eine graduell stärkere Form der Pflicht bezeichnet, den Vertragszweck zu fördern³⁷¹. Nach beiden Autoren soll dies der aus dem Vertrag ersichtliche und beiderseits gewollte Zweck sein³⁷².

d) Die Frage, warum die Förderung des allgemeinen Vertragszweckes oder des Zweckes eines besonderen Rechtsverhältnisses (Gesellschaft, Arbeitsverhältnis) überhaupt eine gesteigerte Treue erfordert, wird von der Mehrheit der Autoren nicht erörtert.

Nach KNÖPFEL³⁷³ kann der Gesellschaftszweck nur durch eine Mitwirkung der Gesellschafter erreicht werden, die über die ausdrücklichen Vereinbarungen hinausgeht. ESSER³⁷⁴ spricht davon, daß die zweckbedingten Einzelhandlungen (die sog. Nebenleistungspflichten) nicht abzählbar seien. Damit deuten beide als Grundgedanken an, daß nicht von vornherein alles festgelegt werden kann, was erforderlich ist, einen Zweck zu erreichen³⁷⁵. Ähnlich schreibt TROXLER³⁷⁶ in der Schweiz, man könne der Ge-

369) ESSER, Lb § 33.1.2.

370) ESSER, Lb § 33.2.

371) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 246 unter Bezug auf Anm. 171 ff.

372) ESSER, Lb §§ 32.1, 33.1.2., 36.5; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 171.

373) KNÖPFEL, S.35; im Schweizerischen Recht: GLOOR, S.6.

374) ESSER, Lb § 32.1: es komme zB auf das Kaufobjekt an (Wein bedinge uU frostsichere Verpackung).

375) Ähnlich HUBMANN, S.40, der aber in wohl ungenauer Formulierung davon spricht, daß der "Zweck" nicht in allen Einzelheiten festgelegt werden könne.

376) Im Schweizerischen Recht: TROXLER, S.28; ZIEGLER, S.82; ferner RAAFLAUB, S.32: die Dienstleistungen des AN könnten nicht ein für allemal fest umrissen werden.

nossenschaft nicht zumuten, Pflichten in den Statuten vorzusehen, die nur ausnahmsweise oder unter kaum bestimmbaran Umständen entstanden.

BENZ³⁷⁷ sieht die "praktische Rechtfertigung" der Treuepflicht in der Erfahrung, daß die Interessen von Gesellschaft und Mitgliedern kollidieren könnten. Ein solcher Zusammenstoß sei nicht deswegen ausgeschlossen, weil mit dem Gemeininteresse auch das Einzelinteresse gefördert werde³⁷⁸. Die Treuepflicht des Genossenschafters sei deshalb ins Gesetz (das OR) aufgenommen worden, weil es nicht sinnvoll erschien, ein starres allgemeines Konkurrenzverbot aufzustellen, das nicht dem Einzelfall anzupassen war³⁷⁹.

2. a) Die Kritik hat von der oben³⁸⁰ gewonnenen Erkenntnis auszugehen, daß Treue im Sinne einer Beharrung des Willens bei jedem rechtlichen Versprechen zu fordern ist. Zugleich ist an die Selbständigkeit des Versprechens und der auf Beharrung dabei gerichteten Treue³⁸¹ zu erinnern, so daß die Auffassung KÜSTERS und FEHRENSSENS³⁸², eins erübrige das andere, abzulehnen ist. Die Meinung, die eine Identität von "Zweckförderungs-pflicht" und Treuepflicht annimmt³⁸³, ist insoweit irreführend ungenau. Zwar zielen beide Pflichten darauf ab, daß der Zweck erreicht wird. Aber das Versprechen begründet die Pflicht, den Zweck zu fördern, während die Treuepflicht die Erfüllung dieser Pflicht sichern soll.

377) Im Schweizerischen Recht: BENZ, S.13 f.

378) BENZ, S.14 f.

379) BENZ, S.26, zitiert AMSTALDEN, Stenogr.Bulletin des Ständerates 1932, S.219.

380) s.o. 3.Kap. III 4).

381) s.o. 3.Kap. III 4) und 4.Kap. VII 1a).

382) s.o. 1.a) Anm.363 f.

383) s.o. 1.a) Anm.361.

b) Es bleibt jedoch zu fragen, ob die Pflicht, einen Zweck zu fördern, eine über das allgemeine Willkürverbot hinausgehende Beharrung erfordert.

Wir kennen sie zunächst als allgemeine Verpflichtung, den Vertragszweck zu fördern bzw. zu erreichen³⁸⁴. Als ausdrückliches gesetzliches Merkmal eines Rechtsverhältnisses finden wir die Verpflichtung, einen Zweck zu fördern, vor allem bei den verschiedenen Gesellschaftsformen³⁸⁵.

Mangels einer Legaldefinition haben wir unter "Zweck" in seiner allgemeinen umfassenden Bedeutung das Ziel zu verstehen, das mit einem menschlichen Handeln angestrebt wird³⁸⁶. Es leuchtet unmittelbar ein, daß bei der Beteiligung mehrerer an einer Tätigkeit, z.B. einem Vertragsschluß, durchaus unterschiedliche Ziele verfolgt werden können, daß also der Vertrag für jeden Vertragspartner einen anderen "Zweck" erfüllen kann. Deshalb ist davon auszugehen, daß es bei schuldrechtlichen Austauschverträgen regelmäßig keinen gemeinsamen Zweck gibt, der durch beiderseitige Anerkennung sogar noch zum Ver-

384) So lautete § 2 Abs.2 des Entwurfes des Ausschusses für Schuldrecht der Akademie für deutsches Recht zur Ergänzung des § 242 BGB (s.Anm.273): "Damit der Leistungserfolg erzielt wird, haben Gläubiger und Schuldner so zusammenzuwirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern"; KNÖPFEL, S.41 FN 2, unterscheidet die "Leistungstreue bei gewöhnlichen Schuldverhältnissen", "familienrechtliche Personentreue" und die "Zwecktreue" bei Gesellschaften.

385) So wird der "Zweck" im Gesetz erwähnt: in §§ 21,22,57 BGB für den bürgerlich-rechtlichen Verein; in § 7o5 BGB für die BGB-Gesellschaft; in § 1o5 Abs.1 HGB für die OHG; in § 161 Abs.1 HGB für die KG und in § 1 GmbHG für die GmbH; vgl. auch § 812 Abs.1 S.2 BGB: "nach dem Inhalt eines Rechtsgeschäftes bezweckter Erfolg"; BALLERSTEDT, JuS 1963,153 ff(253), hält dies für systematisch gleich mit dem Zweck i.S. des § 7o5 BGB.

386) ZÖLLNER, S.24 FN 16, S.25: in der Handelsgesellschaft das Ziel, Geld zu verdienen; ebenso BALLERSTEDT, JuS 1963, 253 ff (254); HUECK, Festschr.f.Hübner, S.72 ff(8o): Gesellschaftszweck als "gemeinsames Ziel", und OHG § 13 I 3 (141); BETTI, Festschr.f.Müller-Erzbach, S. 7 ff(2o); STECHER, RdA 1961,261 ff(262): "Ziel des Betriebes"; SCHMUTZER, S.9o (Ziel gleich Zweck der Genossenschaft); ebenso LANTZKE, S.9; KNÖPFEL, S.34.

tragsinhalt und damit zum alle Beteiligten bindenden "Vertragszweck" erhoben wäre³⁸⁷. Der Austausch der Leistungen trägt seinen rechtlichen Sinn in sich³⁸⁸.

Dagegen setzen die oben³⁸⁵ angeführten Gesetzesstellen aus dem Gesellschaftsrecht eine solche allseitige Ausrichtung auf ein Ziel voraus. Der "Gesellschaftszweck" ist das von den Gesellschaftern bei der Geschäftsgründung durch freien Willensakt selbst gesetzte Ziel; bei der Handelsgesellschaft regelmäßig das Ziel, Geld zu verdienen³⁸⁹. Dabei liegt auf der Hand, daß diese Gemeinsamkeit eines Zweckes nicht notwendig die Übereinstimmung aller Interessen der Beteiligten voraussetzt. Ein Interesse des einzelnen veranlaßt ihn nur zur Beteiligung und bleibt außerhalb des Vertrages, während der Zweck zum Vertragsinhalt gehört³⁹⁰.

c) Bei der Verpflichtung, einen Zweck zu fördern, kommen drei Gesichtspunkte in Betracht, aus denen sich die Gefahr ergibt, daß dieser Zweck nicht erreicht wird, und die daher Anlaß sein können, eine gesteigerte Treue zu fordern.

(1) Regelmäßig wird nicht ausdrücklich festgelegt, was dieser Zweck sein soll. Vielmehr ist er meistens erst aus dem Vertrag oder der Satzung mit allen Begleitumständen ihres Zustandekommens zu ermitteln.

387) RGZ 66,132 (für § 812 BGB: bezweckter Erfolg); BALLERSTEDT, JuS 1963,253 ff(253 FN 3).

388) BALLERSTEDT, aaO; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 208.

389) ZÖLLNER, S.25,24 FN 16; BALLERSTEDT, JuS 1963,253 ff(254); die noch immer unstrittene Frage, ob der in einzelnen Gesetzesbestimmungen angeführte "Unternehmensgegenstand" bei den Kapitalgesellschaften (§ 3 Nr.2 GmbHG; § 16 III 2 AktG a.F.; § 6 Nr.2 GenG) von deren Zweck zu unterscheiden ist, kann hier unentschieden bleiben; (vgl. zum Streitstand: ZÖLLNER, S.26 mit Lit.Nachw.; dazu neuerlich BALLERSTEDT, aaO).

390) BALLERSTEDT, aaO.

Diese Unsicherheit betrifft nur die Verpflichtung selbst, nicht die von ihr zu trennende³⁹¹ Treuepflicht. Es handelt sich hier um ein mit Hilfe der zu den §§ 133, 157, 242 BGB entwickelten Grundsätzen zu lösendes Auslegungsproblem bei dem Versprechen, den Zweck zu fördern.

(2) Aber auch wenn dieser Zweck eindeutig bestimmbar sein sollte, so wird dieses nur in den seltensten Fällen für die Mittel gelten können, die ihn fördern sollen. Diese Ungewißheit erstreckt sich auf Umfang und Art der Mittel. Je mehr es der Zukunft überlassen bleibt, ob der Zweck erreicht wird (wie etwa in der Gesellschaft), desto mehr wirkt sich das menschliche Unvermögen aus, die Entwicklungen sicher vorauszusagen. Dadurch wird es in zahlreichen Fällen unmöglich sein, sicher anzugeben, welche Mittel einzusetzen sind und ob sie sich als zweckförderlich oder gar schädlich herausstellen werden³⁹². Dem entspricht die Praxis, in Gesellschaftsverträgen lediglich einen "Tätigkeitsrahmen", einen Aufgabenbereich festzulegen³⁹³.

Auch hier handelt es sich jedoch um kein Problem der Treuepflicht, sondern wie unter (1) um ein solches der Vertragsauslegung, weil es gilt, Sinn und Inhalt der Verpflichtung zu ermitteln, den Zweck zu fördern.

(3) Damit ist zugleich der dritte Unsicherheitsfaktor angedeutet: Es bleibt im Regelfall nicht nachprüfbar, ob der einzelne entsprechend seinen individuellen Fähigkeiten die Zweckdienlichkeit bzw. -schädlichkeit erkannt hat und dennoch nicht

391) s.o. 2. a) Anm.381.

392) BLOMEYER, S.76, fordert daher zu Recht ein Verhalten des Geschäftsführers, das "nach seinem Ermessen" dem Gesellschaftszweck am förderlichsten ist; in anderem Zusammenhang ZÖLLNER, S.24 f.

393) PLASSMANN, NJW 1966,953 ff(954).

die entsprechenden ihm notwendig erscheinenden und möglichen Anstrengungen unternommen hat³⁹⁴.

Hier ist eine echte Pflicht zur Beharrung bei dem ursprünglichen Versprechen erforderlich, nämlich nach besten Kräften alles zu tun, um das Zweckförderliche zu erkennen und die für nützlich befundene Leistung so zu erbringen, wie es dem einzelnen in seiner Individualität am besten möglich ist.

Je bedeutungsloser die Stufen persönlicher Leistungsfähigkeit nach der Art des zu verfolgenden Zweckes werden³⁹⁵, desto weniger Anlaß besteht für Treueforderungen, oder sie beschränken sich auf einige wenige Ziele³⁹⁶.

Zugleich berührt sich hier die Problematik der "Zweckförderungspflicht" mit der der "personenrechtlichen Gemeinschaft"³⁹⁷, insbesondere soweit die Gemeinsamkeit in dem zu verfolgenden Zweck gesehen wird³⁹⁸. Hier wie dort wird durch die Individualität der Beteiligten Unsicherheit in ihre Beziehungen getragen, die die Einhaltung der Versprechen gefährdet.

Diese Schwierigkeiten bestehen - in geringerem Grade - auch für die Erreichung eines Vertragszwecks im schuldrechtlichen Austauschvertrag, so daß ESSER und WEBER³⁹⁹ zutreffend die Problematik nicht nur für die Gesellschaft sehen. Hier ist jedoch eine gesteigerte Beharrung erforderlich, weil der Zweck nicht mit einem einmaligen Leistungsaustausch erreicht wird. Es erscheint daher gerechtfertigt, dieses gesteigerte und ständige

394) Hier findet die Auffassung mancher Laien ihre Berechtigung, (Personal-)Gesellschafter seien einander "auf Treu und Glauben" ausgeliefert.

395) Im Arbeitsverhältnis etwa bei Stückakkord und Fließbandarbeit; zB. sind auch in der Aktiengesellschaft die Mitgliedschaftsrechte und ihr Erwerb gesetzlich so weitgehend zwingend geregelt, daß die Frage müßig ist, ob der Aktionär mit seiner Beteiligung auch am Zweck der Gesellschaft teilhat (vgl. BALLERSTEDT, JuS 1963, 253 ff(256)); eine Treuepflicht des Aktionärs läßt sich daher nicht aus einer "Zweckförderungspflicht" herleiten.

396) ZB. sauber zu arbeiten.

397) s.o. II, III.

398) s.o. II 2. d) zu (3).

Erfordernis einer Treue von der Problematik des Vertragszwecks abzuheben.

IX. Das Dauerschuldverhältnis

Es muß überraschen, daß der Dauer eines Rechtsverhältnisses in den Äußerungen zur Treuepflicht nur eine verhältnismäßig geringe Beachtung geschenkt worden ist⁴⁰⁰, insbesondere wenn man die Treue als "Beharrung des Willens"⁴⁰¹ definiert.

1. Überwiegend wird die Dauer nur in bezug auf andere Umstände gesehen, die die Treuepflicht begründen oder verstärken.

So spricht FARTHMAN⁴⁰² der Dauer einer Verbindung jede Bedeutung für die Treuepflicht ab, da sie kein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis begründe. EICHLER sieht in der Vertragsdauer allein regelmäßig noch keinen Umstand, der eine Vertrauensbeziehung als Grundlage der Treuepflicht herstelle⁴⁰³. Die gegenteilige Feststellung trifft ohne Begründung SIEBERT⁴⁰⁴. Danach sollen Dauerschuldverhältnis und ständige Geschäftsverbindungen ein erhöhtes gegenseitiges Vertrauen voraussetzen und daher eine besondere Pflichtbindung für beide Teile erzeugen. Ebenso stellt WEBER⁴⁰⁵ fest, auch auf lange Dauer geschlossene Rechtsverhältnisse könnten, wenn sie es auch nicht müßten, eine schwächere Form von Treuepflicht erzeugen. Nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs⁴⁰⁶ soll sich das Dienstverhältnis eines selbständig Tätigen bei längerer Dauer einem Arbeitsverhältnis annähern, ohne daß jedoch eine "echte Treuepflicht" wie dort und in echten Gemeinschaftsverhältnissen bestehe.

399) s.o. 1.c) Anm.368 ff.

400) Im Schweizerischen Recht fehlt jede Stellungnahme.

401) s.o. 3.Kap. III 4), 4.Kap. VII 1. a).

402) FARTHMAN, RdA 1960,55 ff(7).

403) EICHLER, S.10 f.

404) SOERGEL-SIEBERT, § 242 Anm.84, 9.Auflage.

405) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A. 130.

406) BGHZ 10,187 ff(191).

2. Nach HUBMANN verlangt die Treuepflicht die Beharrung des zum Ausdruck gekommenen Willens über die "Veränderlichkeit der Zeit, der Umstände und des Menschen hinweg"⁴⁰⁷. In der Dauer einer Rechtsbeziehung wird in dieser Äußerung nur einer von mehreren Gründen der zu überwindenden Schwierigkeiten gesehen, während Anlaß und Maß der Treueforderung in der "ursprünglichen Willenserklärung" und dem dadurch "eng begrenzten und jeweils verschiedenen" Vertrauen⁴⁰⁸ erblickt werden.

Zum mittelbaren Anlaß einer Treueforderung wird die Dauer mit der Behauptung HUBMANNs⁴⁰⁹, Dauerschuldverhältnisse erzeugten im Laufe der Zeit eine nähere persönliche Bindung zwischen den Vertragspartnern, aus der allmählich ein besonderes Vertrauen von Person zu Person erwachse, das auch eine besondere persönliche Treuepflicht⁴¹⁰ bedinge.

Der Widerspruch in der Meinung HUBMANNs, der darin liegt, daß hier nicht mehr die ursprüngliche Willenserklärung maßgebend ist, ist bereits gezeigt worden⁴¹¹. HUBMANN⁴¹² mag bei seiner Feststellung zuzustimmen sein, beim Sukzessivlieferungsvertrag trete allmählich neben die Vertragstreue die Treue zum Partner selbst, wenn damit nur die tatsächliche Beharrung in dem Verhältnis zu einer Person gemeint ist. Eine Rechtspflicht zur Treue zur Person in der Form, daß ein Wechsel des Partners verboten wäre, ist jedoch keinesfalls aus der Dauer herzuleiten.

407) HUBMANN, S.29.

408) HUBMANN, S.37 und 15,33,36.

409) HUBMANN, S.39 f.

410) HUBMANN, S.47 f, (entsprechend lehnt er eine Treuepflicht des Aktionärs ab, da sie nicht auf einer nahen, dauernden Verbindung mit Vertrauen von Person zu Person beruhe, S.122).

411) s.o. VII 1. a) a.E.

412) HUBMANN, S.40.

3. Eine Würdigung der vorstehenden Äußerungen setzt voraus, daß die Besonderheiten gefunden werden, die die Dauer einer Rechtsbeziehung mit sich bringt und daß diese darauf untersucht werden, ob sie eine besondere Treue der Beteiligten fordern. Für die Treue im "Dauerschuldverhältnis", dessen Begriff in der aufgeführten Argumentation eine Hauptrolle spielt, stellt sich dabei die Ausgangsfrage nicht anders. Denn ESSER⁴¹³ hat überzeugend nachgewiesen, daß es gegenüber dem einfachen Schuldverhältnis nur um diese eine "Dimension", dem Zeit- oder Dauerelement, reicher ist. Insbesondere seien "personenrechtliche Elemente" nicht unbedingt typisch⁴¹⁴. Nach Hans Martin SCHMIDT⁴¹⁵ ist in der auf Dauer angelegten Gesellschaft zweckgerichtetes Zusammenwirken mehrerer ohne gegenseitige Rücksichtnahme "auf die Dauer" nicht möglich. Er macht jedoch nicht ersichtbar, warum gerade die Dauer der Beziehung Rücksichtnahme erfordern soll. Für das Arbeitsverhältnis stellt NIKISCH⁴¹⁶ fest, da es ein Dauerverhältnis sei, könnten immer wieder Lagen auftreten, für die eine Regelung nicht getroffen werden könne. Hier gebe die Treuepflicht die Richtschnur ab, nach welcher der Arbeitgeber sein Verhalten einzurichten habe. Auch WÖLBING⁴¹⁷ hält Dauerschuldverhältnisse - insbesondere die Genossenschaft - für ihrer Eigenart nach am wenigsten geeignet zu einer ausdrücklichen, jede Situa-

413) ESSER, Lb § 20.1, insbes. 20.2.

414) ESSER, Lb § 20.2: Arbeits-, Dienst-, Gesellschaftsverträge gegenüber sog. Bezugsverträgen (zB. Energielieferungsverträge).

415) SCHMIDT, Rdsch.f. GmbH 1960, 137 ff(137).

416) NIKISCH, Lb I, § 34 I 2 (S.447); ebenso: REISCHACH, S.19.

417) WÖLBING, S.11.

tion berücksichtigenden Regelung. Umso wichtiger sei es, daß der Treuegedanke rechtsschöpferisch wirke.

Es fragt sich, ob diese für das Arbeitsverhältnis und die Genossenschaft herausgestellte Schwierigkeit, für die Zukunft passende Regelungen zu treffen, wirklich durch die Dauer dieser Verhältnisse bedingt ist oder ob nicht nur die bei der Untersuchung der "personenrechtlichen Gemeinschaft" und der "Zweckförderungspflicht" in diesen Rechtsverhältnissen⁴¹⁸ gefundenen Gründe hierfür maßgebend sind.

Schon aus einer Gegenüberstellung mit anderen Dauerschuldverhältnissen, etwa den Bezugsverträgen (z.B. einem Energieversorgungsvertrag) erhellt, daß der Anlaß einer Treueforderung bei Gesellschaft und Arbeitsverhältnis zumindest nicht allein aus deren Dauer zu erklären ist. Bei einem Bezugsvertrag können Leistungsart und -umfang bei Vertragsschluß genau umschrieben werden und stehen nur unter dem tatsächlichen Vorbehalt, daß im Laufe der Zeit auftretende Schwierigkeiten (in der Zulieferung; Krieg; Zahlungsunfähigkeit) diese Verpflichtungen nicht beeinträchtigen. Dagegen ist bei Arbeitsverhältnis und insbesondere Gesellschaft schon anfänglich nicht abzusehen, was im einzelnen geschuldet wird und ob der einzelne alles ihm Mögliche tun wird, sein Versprechen zu erfüllen⁴¹⁹. Die Dauer mit der Ungewißheit der Entwicklung kommt nicht als weiterer Unsicherheitsfaktor zur Ungewißheit der Zweckförderlichkeit und persönlichen Verlässlichkeit hinzu, sondern ist regelmäßig in diesen Umständen enthalten⁴¹⁹.

Daraus folgt, daß die Dauer für sich genommen Schwierigkeiten für die Abwicklung des Rechtsverhältnisses mit sich bringen⁴²⁰ kann, aber nicht muß. Im Ergebnis ist daher WEBER und EICHLER zu folgen, daß die Dauer eines Rechtsverhältnisses für sich

418) s.o. II, III, VIII.

419) Zur Begründung im einzelnen s.o. II 4) zu (3) und VIII 2 c) zu (3).

420) s.o. 1) Anm. 403, 405.

allein nur im Einzelfall Anlaß einer Forderung nach besonderer Treue sein kann.

X. Zusammenfassung des 4. Kapitels

Anlaß der Forderung nach (gesteigerter) Treue als Beharrung bei einer Willenserklärung ist eine besondere, die bei jedem Rechtsverhältnis vorhandene Unsicherheit übersteigende Ungewißheit, ob sich die Beteiligten dieser früheren Erklärung entsprechend verhalten werden und können.

Diese Ungewißheit entsteht in bestimmten Rechtsverhältnissen, weil nicht bis in alle Einzelheiten festzulegen ist, was zu einer sinnvollen, dem Parteiwillen entsprechenden Durchführung erforderlich ist und von ihnen geschuldet wird oder weil nicht nachprüfbar ist, ob der einzelne dies tut.

Als Umstände, die eine solche (verstärkte) Ungewißheit mit sich bringen, erkannten wir die Pflicht, einen Zweck zu fördern; das Abstellen auf die Persönlichkeit des Partners und - bedingt - die Dauer des Verhältnisses.

Es ist eine Frage des terminologischen Beliebens, ob die "Treuepflicht" auf diese Fälle der Unsicherheit zu beschränken ist. So kann nicht davon gesprochen werden, daß etwa bei reinen Austauschverträgen ohne Dauercharakter schon begrifflich Treuepflichten ausgeschlossen seien. Damit entscheidet sich zugleich der wohl auf einem terminologischen Mißverständnis beruhende Streit, ob es verschiedene "Arten"⁴²¹ der Treuepflicht gibt oder nicht. Faßt man sie als Beharrung des Wil-

421) FECHNER, S.25 mit Nachw., verneint, daß es "Arten" gibt, und nennt statt dessen "Stufen", auf denen sich die Treuepflicht jeweils stärker realisiere; dagegen nennt KNÖPFEL, S.41 FN 2, drei "Arten" der Treue: Leistungstreue, Zwecktreue, Personentreue; unklar ESSER, Lb § 33.2, der von "drei verschieden weiten Kreisen der Treu- oder Rückspflicht" spricht und dabei die Rücksicht auf den Zweck der Leistung, den Vertragszweck und den Schutz des Partners bestimmend sein läßt.

lens auf, so kann nicht von wesensverschiedenen Arten der Treue gesprochen werden. Wohl läßt sich nach Anlaß und Intensität unterscheiden, worauf sich die Treue richtet und welche Anforderungen sie stellt.

Bei einer inhaltlichen Konkretisierung könnte man etwa sprechen von⁴²²:

- (1) **L e i s t u n g s t r e u e**, wenn die Leistung bei gewöhnlichen Schuldverhältnissen zwar bestimmt oder leicht bestimmbar ist, aber durch äußere Umstände gefährdet wird (z.B. durch eine bei einem Dauerschuldverhältnis auftretende Devisenbewirtschaftung, die den Importvertrag unmöglich zu machen droht; Schwierigkeiten beim Zoll; Transportschwierigkeiten, die nur eine Partei beheben kann);
- (2) **Z w e c k t r e u e**, wenn die Verpflichtung besteht, einen bestimmten Zweck zu fördern und sich nicht von vornherein festlegen läßt, was zu dieser Förderung erforderlich sein wird (so vor allem in der Personalgesellschaft), wobei die Unsicherheit verschiedene Ursachen haben kann (Persönlichkeit, Dauer);
- (3) **P e r s o n e n t r e u e**, wenn von einem Wechsel des Partners in einem Rechtsverhältnis oder bei dem Abschluß einer Reihe von Rechtsgeschäften abgesehen wird, vielmehr der bisherige Partner in seiner Eigenart beibehalten wird. In ausgeprägtester Form finden wir sie in der Ehe mit ihrer Verpflichtung zu ehelicher Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB); in schwächerer Form auch im Arbeitsverhältnis, das mit der Länge der Zusammenarbeit und Bewährung verlängerte Kündigungsfristen⁴²³ vorsieht und damit zur Personentreue auffordert.

422) KNÖPFEL, aaO, spricht (ohne nähere Differenzierung) von Leistungstreue bei gewöhnlichen Schuldverhältnissen, Zwecktreue bei Gesellschaften und familienrechtlicher Personentreue.

423) Vgl. die Kündigungsschutzvorschriften für Angestellte und Arbeiter: zB. § 2 Abs.1 S.2 des Gesetzes über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9.7.1926 (RGBl. I 399 ber.412).

Zweiter Hauptteil

5. Kapitel: Die Lösung der Problematik der Treuepflicht durch andere Rechtsinstitute

Haben wir den Anlaß einer Forderung nach Treue gefunden, so kann das Zivilrecht darauf untersucht werden, ob anerkannte Institute Lösungsmöglichkeiten für diese Probleme bieten. Ein eigenständiges Rechtsinstitut der Treuepflicht kann nur dann mehr als terminologische Willkür bedeuten, wenn es allein bestimmte abgrenzbare materiell-rechtliche Fragen lösen kann.

In erster Linie drängt sich ein Vergleich mit der "Vertragstreue" auf, die schon vom Begriff her Verbindungen mit der Treuepflicht erwarten läßt. Danach ist sie mit den Instituten zu vergleichen, die eine Anpassung an veränderte Umstände und eine Beharrung bei der ursprünglichen Willenserklärung erreichen sollen.

I. Die Vertragstreue

1. Ein Vergleich mit den Problemen der Treuepflicht hat von einer Inhaltsbestimmung der Vertragstreue auszugehen.

Diese läßt drei Deutungen zu, ohne daß sachliche Kriterien erkennbar würden, die nur eine als allein richtig erscheinen ließen. Einmal läßt sich die Vertragstreue auffassen als Treue zum "formellen" Vertrag, zu der äußerlichen durch ihn bewirkten Bindung an seinen Wortlaut. Ihr Inhalt bildete ein Verbot, den Vertrag in seinem Bestand zu gefährden und gegen ihn gerichtete Schritte zu unternehmen, die nicht materiell-rechtlich gerechtfertigt sind (etwa unbegründete Anfechtungen; Herbeiführen einer Unmöglichkeit, des Fortfalls der Geschäftsgrundlage) und ein Verbot, vom Wortlaut abzuweichen. - Zum zweiten könnte unter Vertragstreue verstanden werden die Beharrung beim "materiellen" Vertrag, d.h. den Verpflichtungen und Ansprüchen, die sich aus ihm ergeben. Es wäre das Gebot, bei der Vertragsabwicklung trotz der allgemeinen durch

die Veränderlichkeit von Zeit und Menschen bei jedem Vertrag bedingten Gefährdung der Bindung sich an Sinn und Zweck des Vertrages gebunden zu sehen und entsprechend zu handeln⁴²⁴. - Schließlich wäre als drittes denkbar, daß beide Inhaltsbestimmungen in einer Synthese den Begriff der Vertragstreue ausfüllen.

2. In der Literatur werden alle drei Auffassungen vertreten. Bereits 1921 unterscheidet NIPPERDEY eine "äußere" und eine "innere Vertragstreue"⁴²⁵. Die äußere Vertragstreue hält nach ihm am Wortlaut des Vertrages fest, z.B. an der in Geld fest bestimmten Gegenleistung. Gegenüber dieser äußerst formalistischen Auffassung bezeichnet NIPPERDEY⁴²⁶ zu Recht die "innere Vertragstreue" als die höherstehende. Sie soll darin bestehen, daß man dem Gegner über den äußeren, unwahr gewordenen Schein hinaus die Treue halte, z.B. daß man sich gebunden halte, ihm, wie es Sinn und Zweck des gegenseitigen Vertrages fordere, ein annähernd ausreichendes Äquivalent für die Leistung zu gewähren. NIPPERDEY⁴²⁷ fordert allerdings, daß im Interesse der Rechtssicherheit an der äußeren Vertragstreue solange wie irgend zugänglich festgehalten wird.

In der späteren Literatur finden sich bei der Umschreibung der Vertragstreue häufig Wendungen wie: sie sei "Treue zum gegebenen Wort"⁴²⁸, sie beruhe auf dem "Vertrauen auf das gegebene Wort"⁴²⁹. Hier liegt die Deutung nahe, daß damit auf die äußere Bindung abgestellt wird, die am Bestand des Vertrages fest-

424) Im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.12, spricht treffend von "Vertragsdisziplin".

425) NIPPERDEY, Vertragstreue, S.21 f.

426) NIPPERDEY, aaO, S.22.

427) NIPPERDEY, aaO, S.25.

428) SOERGEL-SIEBERT, 9.Auflage, § 242 Anm.5; HUECK, Treueged. i.m.Privat., S.6, spricht von "bloßer Vertragstreue" als Bindung an das gegebene Wort; und Festschr.f.Hübner, S.72 ff(80).

429) EICHLER, S.8,9, spricht vom "selbstverständlichen Sinn der Vertragstreue".

halten läßt; doch ist dies nicht zweifelsfrei, da man darunter auch die Beharrung bei Sinn und Zweck des gegebenen Wortes verstehen kann⁴³⁰, wenn man mit dem Begriff "Treue" zugleich gefühlsmäßig "Aufrichtigkeit und Ehrlichkeit" anspricht, die sich gegen einen sinnlosen Formalismus wenden.

3. Das Verhältnis der Treuepflicht zur Vertragstreue wird überwiegend so gesehen, daß die Treuepflicht als eine gesteigerte Vertragstreue aufgefaßt wird. Die Steigerung sollen das persönliche Moment einer Rechtsbeziehung⁴³¹, die Gemeinschaft⁴³² oder das gegenseitige Vertrauen der Parteien bewirken⁴³³, die Umstände, in denen die Autoren jeweils den besonderen Anlaß der Treuepflicht sehen. So spricht SIEBERT⁴³⁴ von einer "Treuepflicht im weiteren Sinne" als der Vertragstreue im Bereich des allgemeinen Vermögensverkehrs.

Demgegenüber gehen nach WEBER⁴³⁵ Treuepflicht und Vertragstreue zwar auf eine gemeinsame Wurzel zurück (Treu und Glau-
ben), sind jedoch nicht identisch. Den Unterschied soll dabei

-
- 430) HUECK, Festschr.f.Hübner, aaO: die Vertragstreue in der Form der Gesellschaftstreue verlange, daß der Gesellschaftszweck nach besten Kräften gefördert wird; ESSER, I b § 33,1; ihm folgend: STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm.A 229, B 538: die Vertragstreue decke sich im allgemeinen mit ordnungsgemäßer Erfüllung.
- 431) FECHNER, S.27: der umfassende Treuegedanke fordere vor allem Vertragstreue; MEISSINGER, ArbrBl. S.1: die personenrechtlichen Gesichtspunkte als einziger Unterschied zur Vertragstreue; GIERKE, O.v., Festschr.f.Brunner, S.61; SIEBERT, DR 1941,1930 ff(1932); SCHMUTZER, S.2; im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.12: Vertragstreue als "Minus" gegenüber der Treuepflicht.
- 432) LOSCHKE, DAR 1938,249 ff(251): "gemeinschaftsbegründende Treue"; daneben sei die viel schwächere Vertragstreue im Arbeitsverhältnis überflüssig.
- 433) HUECK, Festschr.f.Hübner, S.72 ff(80); HUBMANN, S.40 f; unklar EICHLER, S.8,9 und 31 FN 54, wonach die Treuepflicht schon aus dem "Prinzip der Vertragstreue folgen" soll.
- 434) SOERGEL-SIEBERT, 9.Auflage, § 242 Anm.5; im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.12.
- 435) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 230; ebenso KNÖPFEL, S.24.

das besondere gegenseitige Vertrauen in einem Rechtsverhältnis bewirken. In seinem Vortrag hat auch HUECK⁴³⁶ davor gewarnt, die Treuepflicht im engeren Sinne mit der "bloßen Vertragstreue", mit der Bindung an das gegebene Wort, gleichzusetzen, da man ihr sonst einen wesentlichen Teil ihres sittlichen Gehalts nehme. Dagegen hatte er es in der Festschrift für Hübner⁴³⁷ (1935) noch für zulässig angesehen, statt von Gesellschaftstreue (als der Treuepflicht der Gesellschafter-Geschäftsführer) auch von Vertragstreue zu sprechen. Zu beachten sei allerdings, daß beim Gesellschaftsvertrag das Treueband stärker sei als bei anderen Verträgen. Eine Verschiedenheit von Vertragstreue und Treuepflicht deutet auch KESZLER⁴³⁸ an, bei dem die Treuepflicht "sogar zu einer Durchbrechung der strengrechtlichen Vertragstreue" führen kann.

In der Rechtsprechung ist - soweit ersichtlich - nichts ausdrücklich zum Verhältnis von Treuepflicht und Vertragstreue gesagt worden. Der Bundesgerichtshof scheint die Vertragstreue als Oberbegriff anzusehen.

In einer Entscheidung⁴³⁹ heißt es, Unternehmer und Untervertreter hätten ihre dem Handelsvertreter geschuldete "Pflicht zur Vertragstreue" verletzt. Ein solches "treu- und vertragswidriges Verhalten" des Untervertreters mache ihn schadenersatzpflichtig. Bei dem Unternehmer spricht der BGH von einem groben "Verstoß gegen die sich aus dem Vertretervertrag ergebende Treuepflicht".

4. Im Ergebnis ist der Ansicht zuzustimmen, die in der Treuepflicht eine Steigerung der Vertragstreue sieht, da beide Institute einer Gefährdung der sinnvollen Durchführung eines

436) HUECK, Treueged.i.m.Privat., S.6; unter Verweis auf: FECHNER, S.11; KLAUSING, Festschr.f.Schlegelberger,S.417.

437) HUECK, Festschr.f.Hübner, S.72 ff(80).

438) STAUDINGER-KESZLER, Anm. 35b vor § 705.

439) BGH NJW 1964,1621: wo schon vor der Kündigung des Vertragsverhältnisses ein Unternehmer einem Untervertreter seines Handelsvertreters dessen Vertretung übertragen hatte.

Rechtsverhältnisses begegnen sollen. Bei der Treuepflicht handelt es sich lediglich darum, einer gesteigerten, sich aus besonderen Umständen ergebenden Gefährdung zu begegnen. Diese Faktoren vermögen keinen Wesensunterschied zu begründen. Solange man beide Institute nicht auch in ihrer Intensität gleichsetzt, erledigt sich die Befürchtung HUECKs⁴³⁶, die Treuepflicht verliere einen Teil ihres sittlichen Gehalts. Der gemeinsame ethische Bezug zur Treue schließt Abstufungen bei den Anforderungen und damit eine unterschiedliche Behandlung nicht aus.

Eine Wesensverschiedenheit läßt sich auch nicht darin sehen, daß die Vertragstreue anders als die Treuepflicht nicht zu einem positiven Tun verpflichtet, um Schwierigkeiten bei der Erfüllung zu beseitigen. Einmal wird eine solche Verpflichtung teilweise auch ausdrücklich bei der Vertragstreue anerkannt⁴⁴⁰, zum anderen leuchtet ein, daß besondere Gefahren auch entsprechende Anstrengungen verlangen können.

Zugleich zeigt sich, daß das Institut der Vertragstreue nicht die Notwendigkeit ausschließt, eigene Lösungen für die besonderen Anforderungen der Treuepflicht zu suchen.

II. Das Verbot des "venire contra factum proprium"

Faßt man die Treuepflicht als Gebot zur Beharrung auf, so erscheint das Verbot des "venire contra factum proprium"⁴⁴¹ als seine negative Formulierung, als Verbot der Abweichung, der Unbeständigkeit.

Der Unterschied ist darin zu sehen, daß die Treuepflicht (als positives) Gebot ein aktives Verhalten fordern kann,

440) RGZ 152,268 ff(271): bei einer in Fremdwährung vereinbarten Lebensversicherung konnten die Prämien nicht in Devisen gezahlt werden; zustimmend: ESSER, Lb § 33.1; § 34.9; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 229.

441) Siehe die Lit.Übers. bei STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. D 323 (-328).

während sich das Verbot auf (passives) Unterlassen beschränkt. Diese negative Funktion zeigt sich bei WIEACKER⁴⁴², der das Verbot des "venire contra factum proprium" als eine von mehreren Maximen unter dem Oberbegriff des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung faßt. Zugleich wird der innere Zusammenhang mit der Treuepflicht erkennbar, wenn er es als Ausprägung der "Verlässlichkeitsanforderung" bezeichnet⁴⁴³ und als eine Anwendung der Sätze vom "Vertrauen im Rechtsverkehr"⁴⁴⁴.

Im Ergebnis stellt sich damit heraus, daß mit diesem Verbot nicht alle Probleme der Treuepflicht gelöst werden können.

III. Die Lehre von Fortfall und Änderung der Geschäftsgrundlage

Mit der Lehre von der Geschäftsgrundlage⁴⁴⁵ sollen wie mit der Treuepflicht Sinn und Zweck eines Rechtsverhältnisses berührende Schwierigkeiten gelöst werden, die durch Umstände entstehen, die bei der Durchführung des Verhältnisses eintreten oder bereits vorher vorlagen, jetzt aber erst bekannt werden⁴⁴⁶. Sowohl bei der Treuepflicht wie bei der Lehre von der Geschäftsgrundlage wird von den Beteiligten eine Anstrengung gefordert, diese Schwierigkeiten zu überwinden.

Dennoch bestehen zwischen beiden Instituten wesentliche Unterschiede. Bei den Fällen der Treuepflicht liegt schon bei Vertragsschluß eine den Parteien erkennbare Gefährdung des Vertragszieles aus der besonderen Art der Verpflichtung ("persönlichkeitsgestaltete" Beziehungen, Förderung eines Zweckes, (bedingt) Dauer des Verhältnisses) vor. Bei der

442) WIEACKER, § 242 S.27.

443) WIEACKER, § 242 S.28.

444) Unter Hinweis auf EICHLER: Die Rechtslehre vom Vertrauen.

445) Siehe die Übersicht bei STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 32-192.

446) Ohne daß es auf eine Auseinandersetzung mit den einzelnen Theorien ankäme: siehe hierzu Anm.445.

Lehre von der Geschäftsgrundlage soll eine solche Kenntnis gerade die Berufung auf diese Schwierigkeiten ausschließen⁴⁴⁷. Der Übergang ist - vor allem bei dem Moment der "Dauer" des Verhältnisses - fließend, da die Gefährdung nur allgemein, nicht in ihrer konkreten Form vorhersehbar ist.

Entscheidend sind jedoch die unterschiedlichen Folgen dieser Schwierigkeiten und die Mittel, mit denen ihnen begegnet wird. Bei der Treuepflicht wird trotz dieser Schwierigkeiten eine *Beharrung* bei der ursprünglichen Vereinbarung gefordert, wenn auch möglicherweise durch ergänzende Leistungen. Bei der Lehre von Änderung und Fortfall (Fehlen) der Geschäftsgrundlage wird es einer oder allen Parteien unzumutbar, bei dieser Vereinbarung zu beharren⁴⁴⁸, so daß ein *Eingriff* in den Vertrag, u.U. sogar seine Aufhebung erforderlich ist⁴⁴⁹. Der fließende Übergang zeigt sich in einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁴⁵⁰, wo aus der Treuepflicht die Pflicht der Gesellschafter hergeleitet wird, einer *Änderung* des Gesellschaftsvertrages und der Erhöhung der Tätigkeitsvergütung des geschäftsführenden Gesellschafters zuzustimmen. In der Begründung heißt es⁴⁵¹, es müsse sich "um Ausnahmefälle handeln, ... , bei denen für eine verständige Weiterverfolgung des Geschäftszweckes eine An -

447) Vgl. STAUDINGER-WEBER, aaO, Anm.445.

448) SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm. 41, 259) und STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 32 mit Lit.Nachw.

449) Vgl. die Übersicht bei STAUDINGER-WEBER, aaO.

450) BGHZ 44,40 ff.

451) aaO, S.41.

passung an veränderte Verhältnisse⁴⁵² dringend geboten" sei.

Zwar handelt es sich damit im Ergebnis nur um verschiedene Blickpunkte für dasselbe Problem, doch rechtfertigen die unterschiedlichen Lösungsmittel mit entsprechend anderen Folgen für das Rechtsverhältnis ein selbständiges Institut der Treuepflicht.

6. Kapitel: Die Rechtsgrundlage der Treuepflicht

Mit der Erkenntnis, welche Probleme mit dem Begriff "Treuepflicht" angesprochen sind, ist noch nicht die Frage entschieden, worin eine solche Pflicht ihren rechtlichen Geltungsgrund findet⁴⁵³. Es wäre nur ein juristischer Taschenspielertrick, das Rechtsverhältnis oder den tatsächlichen Zustand, die Anlaß einer Forderung nach Treue sind, zugleich als Geltungsgrund einer Treuepflicht anzusehen, wie dies teilweise⁴⁵⁴ geschieht. Der Streit über die Rechtsgrundlage ist kein leerer Streit um Worte, wie FECHNER⁴⁵⁵ meint. Es gilt auch hier die ironische Bemerkung NIPPERDEYS⁴⁵⁶, daß es als Gewinn zu bezeichnen ist, sich bei einem umstrittenen Problem auf das Gesetz berufen zu können. Außerdem ist zu erwarten, daß aus Art und systematischer Einordnung der Rechtsgrundlage Schlüsse auf Geltungsbereich und Inhalt der Treuepflicht möglich werden. Stellt die Treuepflicht z.B. eine Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben dar, so können die dort von Rechtsprechung und Wissenschaft gewonnenen zahlreichen Erkenntnisse herangezogen werden, während bei einer gewohnheitsrechtlichen Geltung

452) Hervorhebung vom Verfasser.

453) Dabei soll hier dahingestellt bleiben, ob einzelne Probleme, vor allem im Arbeitsrecht, aus dem aus Art. 20 und 28 GG abgeleiteten "Grundsatz der Sozialstaatlichkeit" zu lösen sind; abl. wegen der Unbestimmtheit dieses Grundsatzes: HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 48 I 1 FN 6 (S. 392) mit Nachw. zum Meinungsstand; und STECHER, S. 154 f.

454) Für die "personenrechtliche Gemeinschaft": NIKISCH, DAR 1938, 182 ff (183); für das "Gemeinschaftsverhältnis": NIKISCH, Lb § 36 III 1 (S. 480); für das "Wesen des Arbeitsverhältnisses": v. WITZLEBEN, S. 39 f.

viele Fragen völlig neu zu durchdenken wären (z.B. die systematische Einordnung, der Aufwendungsersatz).

I. Der Vertrag

1. a) Eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung, umfassend "die" Treuepflicht zu erfüllen, dürfte praktisch schon deswegen nicht vorkommen, weil diese Verpflichtung - den Parteien erkennbar - so unbestimmt wäre, daß damit im Einzelfall wenig gewonnen würde.

b) Für eine vertragliche Festlegung einzelner Treuepflichten⁴⁵⁷ finden sich dagegen zahlreiche Beispiele in Tarifverträgen⁴⁵⁸, Arbeitsordnungen⁴⁵⁹ und den Statuten der Genossenschaften⁴⁶⁰.

c) Es lassen sich auch Fälle denken, in denen einzelne Treuepflichten stillschweigend vereinbart wurden, etwa weil bei Vertragsschluß beide Parteien für die Durchführung des Vertragsverhältnisses bestimmte Schwierigkeiten erwarteten und mit ihren ausdrücklichen Erklärungen auch die für sie selbstverständliche Verpflichtung übernehmen wollten, sie zu überwinden und trotz ihrer am Vertrag festzuhalten⁴⁶¹. Dieser Weg

455) FECHNER, S.26.

456) NIPPERDEY, Vertragstreue, S.38 Anm.24.

457) Zu den rechtlichen Grenzen solcher Regelungen s.u. 6.Kap. I 1) dazu, daß es sich um "Treuepflichten" handelt, vgl. die Aufzählung in 7.Kap. 3).

458) Vgl. zB. Manteltarifvertrag für die Arbeiter in der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens vom 4. März 1965: § 3 Nr.1,4 (Mehrarbeit: § 4 Vergütung); § 5 Nr.2 Abs.2 (Zumutbare andere Arbeit); § 5 Nr.9 (Anzeige der Arbeitsverhinderung). Mantelvertrag für die Angestellten in der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie und der Zentralheizungsindustrie vom 26.November 1965: § 4 Nr.1,4 (Mehrarbeit); § 5 (Vergütung der Mehrarbeit); § 10 Nr.1 (Mitteilung bei Arbeitsverhinderung).

459) Vgl. z.B. Muster für eine Arbeitsordnung, herausgegeben von der Landesvereinigung der industriellen Arbeitgeberverbände Nordrhein-Westfalens e.V. (1958): § 18 Abs.2 (Mehrarbeit); § 5 Abs.1: soweit zumutbar, bei dringendem betrieblichen Bedürfnis andere Arbeit; § 42: Verpflichtung zum Schutz des betrieblichen und privaten Eigentums;

führt jedoch nur für einzelne Treuepflichten zu einer Lösung⁴⁶². Und auch hier muß schon davor gewarnt werden, den stillschweigenden Vertrag als bequeme Fiktion zu wählen⁴⁶³, um die Suche nach der Rechtsgrundlage durch den Verweis auf einen nachgeschobenen Parteiwillen zu ersparen⁴⁶⁴. In der Mehrzahl der Fälle scheidet ein stillschweigender Vertrag aus, weil die Parteien die Schwierigkeiten nicht gesehen haben und es deshalb an einem entsprechenden Parteiwillen fehlt. Die Gefahr einer Willensfiktion wird erhöht, wenn das Anwendungsgebiet der Treuepflicht – ein bestimmter Vertragstyp – und ihr Geltungsgrund, der auch ein Vertrag sein könnte, nicht scharf geschieden werden und gesagt wird, die Treuepflicht "beruhe"⁴⁶⁵ auf dem Arbeitsvertrag oder wenn etwa von einer "dienstvertraglichen"⁴⁶⁶ Treuepflicht gesprochen wird. Die praktisch erhebliche Gefahr besteht darin, daß willkürlich Pflichten festgesetzt werden.

d) Es bleibt noch der Weg, Treuepflichten als mit anderen Ver-

§ 46: Anzeige von Gefahren und Störungen; § 52: Hilfeleistungspflicht bei Unfällen; § 54 Abs.2: Hilfeleistungspflicht bei Feuer oder sonstiger Gefahr.

- 460) SCHMUTZER, S.56: Lieferungs- und Abnahmepflicht; BAYERL, S.17,71.
- 461) Etwa die Notwendigkeit der Mehrarbeit eines leitenden Angestellten nach dem Zuschnitt des Betriebes.
- 462) ZB. falls der Gläubiger sich um die Neuvergabe einer Konzession bemühen muß, weil der Schuldner nach der Kündigung eines Alleinverkaufsvertrages seine Kautionsvertragsgemäß nur nach der Neuvergabe zurückgezahlt erhält.
- 463) Wie es ursprünglich für die Fürsorgepflicht des AG für das AN-Eigentum geschah: Belege bei BULLA, RdA 1949, 88 f.
- 464) Dagegen schon HOENIGER, DJZ 1922, S.144 ff; WEILBAUER, S.9.
- 465) KLINK, S.12; SCHMUTZER, S.89,40: für den Gesellschaftsvertrag; im Schweizerischen Recht: FROMER, ZSR 1939, 210 ff(216).
- 466) GOERRIG, DGWR 1937,133 ff(135).

tragspflichten identisch zu sehen⁴⁶⁷ oder sie durch Auslegung anderer Vertragspflichten zu gewinnen⁴⁶⁸. So wird von einzelnen Schutz-, Erhaltungs- und Förderungspflichten behauptet, sie seien in der Hauptverpflichtung enthalten⁴⁶⁹, sie fielen mit der Pflicht zur erfolgreichen Erbringung der Hauptleistung zusammen⁴⁷⁰. Nach HUECK⁴⁷¹ ist die Treuepflicht im Arbeitsverhältnis zum Teil Ausfluß der Arbeits- bzw. der allgemeinen Dienstleistungspflicht⁴⁷². HAUCK⁴⁷³ sieht die Pflicht zur Mehrarbeit als Inhalt der Arbeitspflicht, wie sich aus den Bestimmungen der Gewerbeordnung ergebe. Nach KRÖGER⁴⁷⁴ handelt es sich bei der Treuepflicht des Arbeitnehmers um "unselbständige Hauptleistungsbestandteile", da ohne diese Nebenpflichten

-
- 467) Soweit bei den Personalgesellschaften die allgemeine "Zweckförderungspflicht" unrichtigerweise mit der Treuepflicht gleichgesetzt wird, ist dazu bereits oben (4.Kap. VIII l. a), 2. a)) Stellung genommen worden; diese Bedenken gelten auch für die nachstehend aufgeführten Meinungen.
- 468) Ohne Begründung lehnt das Reichsgericht, RGZ 129,357 ff (376), eine Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ab und leitet die Treuepflicht aus dem "allgemeinen Begriff des Vertrages" und § 242 BGB her.
- 469) Vgl. insbesondere WEILBAUER, S.3,6,8,18; SCHULZE, S.67,73, 77; KRÖGER, Nebenl., S.30,40: Reflexwirkung der Hauptverpflichtung; MEISSINGER, ArbRB1., =. Forts.B1.: für den AN die Pflicht zur sorgfältigen Behandlung von Maschinen und Handwerkszeug.
- 470) ESSER, Lb § 33.3: für besondere "Schutzpflichten" bei den persönlichen Fürsorgepflichten; im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.12: als "Vertragsdisziplin" bei nicht speziell geregelten Punkten.
- 471) HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 36.1 (S.238): für die Gehorsamspflicht.
- 472) HUECK, Arbeitsvertragsrecht (1922), § 10 II 1 (S.104): für die Treue- und Gehorsamspflicht.
- 473) HAUCK, S.47.
- 474) KRÖGER, Nebenl., S.35, im Anschluß an RGZ 65,333 ff.

die Erfüllung der Arbeitspflicht nicht denkbar sei. Wer Dienste zu leisten verspreche, verpflichte sich damit, diese getreulich, also dem Interesse des Arbeitgebers entsprechend, zu erfüllen⁴⁷⁵. Diese Pflichten seien daher nur Bezeichnungen für Eigenschaften von Leistungen.

Es mag sein, daß sich ergänzende Leistungspflichten⁴⁷⁶ und andere Schutz-, Erhaltungs- und Förderungspflichten aus der Auslegung der vertraglichen Hauptpflichten⁴⁷⁷ nach § 242 BGB⁴⁷⁸ ergeben und daß insoweit vor einer voreiligen selbständigen Ableitung gewarnt werden muß. Aber hiermit wird bereits die Frage angeschnitten, ob § 242 BGB bzw. der aus ihm abgeleitete allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben die Problematik der Treuepflicht berücksichtigen und lösen kann. Dazu wird später Stellung zu nehmen sein⁴⁷⁹.

2. Ein weiterer Lösungsweg wird in einer ergänzenden Vertragsauslegung gesehen. So glaubt KLOPFER⁴⁸⁰, die Treuepflicht im Arbeitsverhältnis durch eine ergänzende Auslegung des Arbeitsvertrages über § 157 BGB gewinnen zu können. Seine Begründung⁴⁸¹, aus dem personenrechtlichen Element des Arbeitsverhältnisses ergebe sich die Berechtigung zu einem solchen Vorgehen, weil dies mit Treu und Glauben nicht im Widerspruch stehe, ist allerdings nicht haltbar.

475) Das gelte etwa von der Pflicht des AN zum Schweigen, zur Bewahrung des Geschäftsgeheimnisses und zur Herausgabe von Schmiergeldern.

476) Zuerst behandelt von ZITELMANN, Festgabe f. P.Krüger, S.263 ff(274); WEILBAUER, S.3.

477) KRÖGER, S.33,37 ff; WEILBAUER, aaO: die Pflicht des Unternehmers, Zugangswege in Ordnung zu halten; S.8 (und KRÖGER, S.36): die Aufbewahrungspflicht des § 379 HGB bei der Beanstandung einer übersandten Ware.

478) RGZ 61,92 ff(94), bestätigt in RGZ 87,335 ff; WEILBAUER, S.15; KRÖGER, Nebenl.,S.7,30,36 ff; SCHULZE, S.11.

479) s.u. IV.

480) KLOPFER, S.57.

481) KLOPFER, S.60.

Man wird heute nicht mehr mit der Begründung WEILBAUERS⁴⁸² eine ergänzende Auslegung ablehnen können, weil kein - selbst kein unklarer - Parteiwille vorhanden sei. Zwar ist es nicht möglich, eine allgemein anerkannte Definition der "ergänzenden Vertragsauslegung" zu finden⁴⁸³, doch wird einhellig⁴⁸⁴ das Recht zu ihr aus § 157 BGB entnommen, auch wenn jede Parteilvorstellung fehlt. Demgegenüber soll sich die sog. "Vertragsergänzung" als die nach Treu und Glauben den Umständen angepaßte Erfüllung eines Schuldverhältnisses unmittelbar aus § 242 BGB ergeben⁴⁸⁵.

Die ergänzende Vertragsauslegung bezweckt, eine Lücke im Vertrag zu schließen, die dadurch entstanden ist, daß die Vertragspartner eine abschließende Vereinbarung über ein bestimmtes Lebensverhältnis getroffen, dabei aber regelungsbedürftige Fragen nicht berücksichtigt haben⁴⁸⁶. Gerade auch in Fällen, in denen die spätere Entwicklung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse nicht im voraus erfaßt wurde⁴⁸⁶, soll über eine ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB ein dem Geschäftswillen der Parteien entsprechender Zustand erreicht werden⁴⁸⁷). Dies legt es nahe, in § 157 BGB auch den Rechtsgrund der Treupflicht zu suchen.

Bei der Frage, ob § 157 BGB die zutreffende Vorschrift ist, könnte man auf die Erörterungen zu § 242 BGB (unten IV) mit der Begründung verweisen, in beiden Vorschriften sei der Maßstab von Treu und Glauben entscheidend⁴⁸⁸. Dies setzt jedoch

482) WEILBAUER, S.11,13.

483) HENCKEL, AcP 159,106.

484) BGHZ 8,348 ff(368); BGHZ 11,16 ff(24); BGHZ 12,337 ff(342); STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 4 mit weiteren Nachw.

485) SOERGEL-SIEBERT, 9.Auflage, § 157 Anm.75; STAUDINGER-WEBER, aaO.

486) BGHZ 16,71 ff(76) und die weiteren Rspr.Nachw. bei HENCKEL, AcP 159,106 ff(107) Anm.2,3; ebenso RUBENS, S.16 f.

487) BGHZ 9,273 ff; ESSER, MDR 1958,287 f für Kurssicherungsgeschäfte; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 238.

488) Mit dieser Begründung: HENCKEL, aaO, S.121.

voraus, daß keine Gesichtspunkte übersehen werden, die der Unterscheidung von § 157 BGB und § 242 BGB nicht nur methodische Bedeutung zukommen lassen⁴⁸⁹.

Schon der Wortlaut der Vorschriften zeigt einen unterschiedlichen Blickpunkt: § 157 BGB hat Bedeutung für die Auslegung des Vertrages, d.h. für die Feststellung der Verpflichtung, während § 242 BGB nur darüber bestimmt, wie die als feststehend vorausgesetzte Leistung zu erbringen ist⁴⁹⁰. (Es ist eine andere Frage, daß dadurch mittelbar auch der Leistungsumfang erweitert werden kann.) § 157 BGB bestimmt damit das Versprechen als Gegenstand der Treue, § 242 BGB die Anforderungen bei der Beharrung bei der Verpflichtung. Wollte man die Probleme der Treuepflicht durch eine ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB lösen, so würde dieser Unterschied zwischen dem Versprechen und den Anforderungen bei seiner Erfüllung verwischt. Es bestände die schon oben (unter I l.c) erörterte Gefahr, daß aus der Unklarheit über Grund und Ziel der Treuepflicht willkürliche Anforderungen gestellt werden.

§ 157 BGB scheidet daher als Rechtsgrundlage der Treuepflicht aus.

II. Die gewohnheitsrechtliche Geltung

1. Eine Gesetzesvorschrift, die den Ausdruck "Treuepflicht" verwendet, kennt das deutsche Privatrecht nicht mehr, nachdem § 2 Abs.2 des AOG vom 20.Januar 1934 als nationalsozialistische Vorschrift durch das Kontrollratsgesetz Nr.40 vom 30.November 1946 aufgehoben ist. Jedenfalls für das Arbeitsverhältnis war damals eine Rechtsgrundlage in einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift vorhanden, über deren Geltungsbereich und

489) So aber: WENDT, AcP 100,101 ff(115); STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 4; abl. RGZ 134,249 ff(250): nicht wesensgleich: (S.251) § 242 sei mehr objektiv, § 157 subjektiv.

490) Vgl. OERTMANN, Geschäftsgrundlage, S.130: § 157 hat Bedeutung für das Wollen und § 242 für das Sollen der Parteien.

Inhalt jedoch der Streit andauerte⁴⁹¹. Heute bleibt die Frage nach einer gewohnheitsrechtlichen Geltung der Treuepflicht und ihrer Ausprägung in einzelnen Gesetzesvorschriften.

Dabei kann die Suche sinnvoll nur einem selbständigen Institut der Treuepflicht gelten im Gegensatz zu einer aus § 242 BGB (bzw.) dem Grundsatz von Treu und Glauben⁴⁹² hergeleiteten Treuepflicht⁴⁹³.

2. Mehrere Autoren halten auch noch in neuerer Zeit eine selbständige Treuepflicht für gewohnheitsrechtlich begründet⁴⁹⁴. So hat HUECK⁴⁹⁴ zunächst verneint, daß es eine allgemeine Norm des BGB gebe, - wie §§ 138, 826, 242 für die guten Sitten und Treu und Glauben -, die die allgemeine Geltung der Treuepflicht anordne. In der BGB-Gesellschaft, oHG, KG und den familienrechtlichen Gemeinschaften sei sie durch Rechtsprechung und Wissenschaft so allgemein anerkannt, daß man von einer gewohnheitsrechtlichen Geltung sprechen könne. Für das Arbeitsverhältnis meint MAUS⁴⁹⁵, Rechtsprechung und Lehre hätten eine über die rein vertraglich begründeten Ansprüche aus § 242 BGB hinausgehende Treuepflicht als allgemeine Grundpflicht anerkannt.

-
- 491) RAG ARS 15,46; 23,170; 34,111; MANSFELD, ZAKDR 1935,908; und NIKISCH, DAR 1938,182 ff(183) ließen als Rechtsgrund der Treuepflicht § 2 II AOG oder das Arbeitsverhältnis als Gemeinschaftsverhältnis dahingestellt; vgl. für die Behandlung der Treuepflicht auf der Grundlage des § 2 II AOG mit Nachw. zur Rechtspr.: LOSCHKE, DAR 1938,249 ff(250); GOERRIG, DGBR 1937,133; NOTTHOFF, S.24; WEICHNER, S.14.
- 492) Vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 130: die gewohnheitsrechtliche Geltung habe sich allenfalls aus dem Grundsatz von Treu und Glauben entwickelt; selbst wo die Treuepflicht sich "selbständig" gemacht habe, bleibe sie eine modifizierte Erscheinungsform, eine Verdichtung von Treu und Glauben; STAUDINGER-KESZLER, Anm. 35a vor § 705.
- 493) s.u. IV 4. a).
- 494) HUECK, Treueged.i.m.Privatr., S.9; ihm folgend: STAUDINGER-KESZLER, Anm. 35a vor § 705; jedenfalls im Gesellschaftsrecht; J.v.GIERKE, ZHR 111,180 ff (in der Besprechung der Vortragschrift HUECKs); BRÜGGEMANN, S.26; KULL, S.26,46.
- 495) MAUS, Hdb. V, S.5.

Als Berufung auf ein Gewohnheitsrecht ist auch anzusehen, wenn gesagt wird, die Treuepflicht beruhe nicht auf dem Vertrage, sondern auf einem eigenen Rechtsgrunde, dem Treueverhältnis⁴⁹⁶, sie gelte auch ohne vertragliche oder gesetzliche Regelung⁴⁹⁷.

3. Eine Begründung für die gewohnheitsrechtliche Geltung versucht nur KILIAN⁴⁹⁸ zu geben. Er meint, langjährige Übung (u.a. durch die Rechtsprechung des RAG), die Notwendigkeit der Übung und das Einverständnis darüber, daß sie Rechtens sei, sowie die Zustimmung der Rechtsgenossen dürften gegeben sein. Dabei wird jedoch nicht ganz ersichtlich, ob sich KILIAN bei seiner Ansicht nicht weitgehend auf die Entwicklung der Fürsorgepflicht stützt, die er in diesem Zusammenhang ebenfalls als gewohnheitsrechtlich begründet bezeichnet⁴⁹⁹. Er führt zwar alle Elemente an, die nach einhelliger Meinung⁵⁰⁰ als Voraussetzungen des Entstehens und Bestandes eines Gewohnheitsrechts angenommen werden. Bei jedem dieser abstrakten Merkmale muß jedoch bezweifelt werden, ob es für die Treuepflicht vorliegt.

4. Schon bei der Rechtsprechung des RAG kann allenfalls angenommen werden, daß sie von der Existenz einer Treuepflicht als solcher ausging, nicht jedoch von ihr als Grundlage von Einzelansprüchen⁵⁰¹. Wie oben gezeigt⁵⁰², hat die Treuepflicht

496) KLOPPER, S.81.

497) STECHER, RdA 1961,261 ff(262).

498) KILIAN, S.28.

499) KILIAN, S.28 f: wo er allerdings davon spricht, die Fürsorgepflicht sei in den AN-Kreisen nur zustimmend angenommen worden: das reicht nicht für eine "allgemeine" Überzeugung.

500) ZIPPELIUS, NJW 1964,1981 ff(1986); SCHWANKHART, NJW 1967, 377(379), VI mit Nachw.

501) s.Anm. 491 und die Nachw. bei NOTTHOFF, S.24.

502) s.o. 1.Kap. I.

keineswegs als selbständige Institution die "Zustimmung der Rechtsgenossen" und inhaltliche Bestimmtheit gefunden. Noch heute wird ihr z.T. jede Bedeutung und Praktikabilität abgestritten⁵⁰³. Dasselbe muß für die "Notwendigkeit der Übung" gelten, wenn eine bedeutende Gruppe der Ansicht ist, mit anderen Instituten - wie z.B. Treu und Glauben - auszukommen⁵⁰⁴. Die von HUECK⁵⁰⁵ und MAUS⁵⁰⁶ angezogene deutschrechtliche Treue bleibt ein ätherischer Allgemeinbegriff, dessen allgemeine Anerkennung gerade in den Jahrzehnten vor 1930 sehr bezweifelt werden muß.

Auf jeden Fall war die Zeitspanne von 1933 bis 1949 zu kurz, als daß sich ein von der bis 1933 geltenden Rechtslage abweichendes Gewohnheitsrecht hätte bilden können⁵⁰⁷. Dies gilt insbesondere für die Annahme einer Treuepflicht, aus der sich positive Leistungs- und Mitwirkungspflichten ergeben: Sie wurde - wie gezeigt⁵⁰⁸ - vor 1933 und selbst bis 1940/41 überwiegend abgelehnt.

Gegen eine gewohnheitsrechtliche Geltung einer (von dem Grundsatz von Treu und Glauben) selbständigen Treuepflicht spricht ferner, daß die Rechtsprechung regelmäßig keinen Unterschied zwischen diesen beiden Instituten gemacht hat und macht und oft sogar nebeneinander von einem Verstoß gegen Treu und Glauben und gegen die Treuepflicht spricht⁵⁰⁹.

Die durchgreifenden Bedenken bestehen jedoch dagegen, daß eine so wenig konkretisierte Generalklausel wie die Treuepflicht

503) s.o. 1.Kap. I Anm.5 ff.

504) s.u. IV.

505) s. Anm. 494.

506) s.Anm.495; ebenso schon EBEN-SERVAES, DR 1934,536 f (536) für die Familie.

507) BVerfG NJW 1964,1267 ff(1268) (passim); vgl. ferner BVerwG NJW 1966,1282 f(1283): kaum Bildung von Bundesgewohnheitsrecht.

508) s. Anm. 491, 501.

509) RG JW 1935,2361 Nr.9; BGH NJW 1964,1621; OLG Hamburg, MDR 1965,294 (Darlehensnehmer); LG Mannheim, NJW 1965, 2203: Treuepflicht des Vermieters, auf einen Formmangel der Kündigung hinzuweisen; im Schweizerischen Recht:

überhaupt gewohnheitsrechtlich gebildet werden kann, da ihre Unbestimmtheit eine allgemeine Rechtsüberzeugung nicht aufkommen läßt.

Davon zu trennen ist die Frage, ob einzelne, konkrete Treuepflichten gewohnheitsrechtlich begründet sind⁵¹⁰, die dann einer Analogie zugänglich wären.

Als Ergebnis ist daher ein gewohnheitsrechtliches selbständiges Institut der Treuepflicht nicht anzuerkennen.

III. Der Rechtsgedanke einzelner gesetzlicher Regelungen

Vor dem Rückgriff auf § 242 BGB bleibt die Möglichkeit, eine Rechtsgrundlage dadurch zu schaffen, daß in einzelnen Vorschriften der Rechtsgedanke der Treuepflicht gefunden und - wie es etwa bei der sog. positiven Forderungs- oder Vertragsverletzung geschehen ist⁵¹¹ - zu einem eigenständigen Institut abstrahiert wird.

BALLERSTEDT⁵¹² sieht im Wettbewerbsverbot der §§ 112, 113 HGB eine besondere gesetzliche Ausprägung des Treuegedankens. Entsprechend finden in der Schweiz BENZ⁵¹³ die Treuepflicht anerkannt in dem Konkurrenzverbot für die Personalgesellschaften in Art. 536, 561, 598 II OR, RAAFLAUB⁵¹⁴ in der Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Mehrarbeit in Art. 336 OR.

BGE 89 II 138 ff(155) (1963).

510) ZB. die Pflicht des leitenden Angestellten zur Mehrarbeit.

511) Aus §§ 280, 286, 320, 325, 326 BGB; vgl. STAUDINGER-WERNER, § 276 Anm. 1-3, und Vorbem. 52-59 mit Nachw.

512) BALLERSTEDT, JuS 1963, 253 ff(258).

513) Im Schweizerischen Recht: BENZ, S.27.

514) RAAFLAUB, S.17.

Nach KLOPPER⁵¹⁵ sind gesetzliche Regelungen der Treuepflicht § 60 HGB (Konkurrenzverbot des Handlungsgehilfen), § 17 UWG (Verbot des Verrats von Geschäftsgeheimnissen) und § 12 II UWG (Bestechungsverbot des Angestellten). REIMER SCHMIDT⁵¹⁶ sieht in § 654 BGB (dem Verbot der Doppeltätigkeit des Maklers) einen Spezialtatbestand, der die Verletzung einer besonderen Treuepflicht des Maklers betreffe.

Durch alle in den angezogenen Vorschriften verbotenen Tätigkeiten kann vereitelt oder zumindest gefährdet werden, daß der mit der übernommenen Aufgabe als Gesellschafter, Angestellter oder Makler angestrebte Erfolg erreicht wird. Deshalb können diese Gesetzesbestimmungen in der Tat als Ausprägungen einer "Zwecktreue" im oben⁵¹⁷ erläuterten Sinne verstanden werden.

Ihr Rechtsgedanke besteht allerdings mit Ausnahme der Mehrarbeit nur in einer Unterlassungspflicht und fördert daher nicht die Suche nach der positiven Treuepflicht, insbesondere nach greifbaren Wertungsfaktoren für ihre inhaltliche Bestimmung.

IV. Treu und Glauben

1. Die überwiegende Meinung sieht heute den rechtlichen Geltungsgrund der Treuepflicht in dem Grundsatz von Treu und Glauben⁵¹⁸.

a) Die Treuepflicht wird in der Literatur als "konkretisierende

515) KLOPPER, S.47; v.WITZLEBEN, S.40; außerdem § 61 HGB.

516) SCHMIDT, R., Obliegenh., S.193 f.

517) s.o. 5.Kap. X (2).

518) OLG Nürnberg WM IV, 1962, 731 f; ENNECCERUS-LEHMANN, Lb § 4 II (S.19); HUECK, Treueged.i.m.Privat., S.17; in SJZ 1948, 755; in RdA 1948, 116; in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 48 I 1 (S.391) und § 48 I FN 6a (S.393); ihm folgend: LARENZ, Lb II, § 56 II a (S.293); - EICHLER, S.29 f; FECHNER, S.26 und DRZ 1949, 94; WOLANY, S.108; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 129, 130, 230, 246, 859; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, Vorbem.2 vor §§ 617-619; SOERGEL-SCHULTZE-v. LASAULX, § 705 Anm.66; STAUDINGER-KESZLER, Anm. 35a vor § 705; BALLERSTEDT, JuS 1963, 253 ff(258);

Erweiterung"⁵¹⁹ der Pflichten aus diesem Grundsatz betrachtet. Die personenrechtlichen Beziehungen führten nur zu einem gesteigerten Grad, nicht aber zu einer Wesensverschiedenheit der Pflichten⁵²⁰. ESSER stellt - wie gezeigt⁵²¹ - die grundsätzliche Gleichheit auch begrifflich heraus, wenn er als Treuepflicht umfassend alle Pflichten aus Treu und Glauben bezeichnet.

b) Auch die frühere Rechtsprechung hat regelmäßig nicht zwischen Treuepflicht und "Treu und Glauben" unterschieden⁵²². Das Reichsgericht⁵²³ leitete auch für gewöhnliche Schuldverträge eine gegenseitige Treuepflicht aus dem "allgemeinen Begriff des Vertrages" und § 242 BGB ab.

Der Bundesgerichtshof spricht einmal⁵²⁴ von der "Treuepflicht (der Aktiengesellschaft) und dem allgemeinen Gesichtspunkt von Treu und Glauben" und scheint daher ebenfalls die Treuepflicht als besonderen Anwendungsfall zu verstehen.

BETTI, Festschr.f.Müller-Erzbach, S.7 ff(20); STECHER, DrA 1961,261; Diss. S.34; SCHMIDT, Rdsch.f.GmbH 1960, 137 ff(137); SAVAETE, AuR 1955,263 ff (264); MÜLLER, DJZ 1935, Sp.269 ff(270); KNÖPFEL, S.26,32,43; BRÜGGEMANN, S.2,104,107; WÖLBING, S.9; FEHRENSSEN, S.80 f; HUBMANN, S.45 f; REISCHACH, S.15 (im Widerspruch zu S.14).

519) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 129.

520) ENNECCERUS-LEHMANN, Lb § 4 II (S.19); EICHLER, S.30; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 129,130,246; SOERGEL-SCHULTZE-v.LASAUUX, § 705 Anm.66; STAUDINGER-KESZLER, Anm. 35a vor § 705; BALLERSTEDT, JuS 1963,253 ff(258); BETTI, Festschr.f.Müller-Erzbach, S.7 ff(20); BECHER, NJW 1961,1998 ff; STECHER, RdA 1961,261; ders., Diss. S.35; BRÜGGEMANN, S.2,104,107; WÖLBING, S.9; HUBMANN, S. 45 f; KNÖPFEL, S.26.

521) s.o. 3.Kap. V.

522) Vgl. zB. RG JW 1935,2361 Nr.9.

523) Mitwirkung, um die behördliche Genehmigung eines Grundstückskaufs zu erreichen: RGZ 115,35 ff(38); RGZ 119, 332 ff(334); RGZ 129,357 ff(376).

524) BGHZ 16,50 ff(51); (und BGH NJW 1964,1621 zur Treuepflicht des Unternehmers gegenüber seinem Handelsvertreter); im Gegensatz zu BGHZ 9,157 ff(163); (siehe dazu Anm.557) wo er eine Artverschiedenheit andeutet; im Schweizerischen Recht: BGE 89 II 138 ff und BGE 77 II 263 ff: völlige Gleichsetzung.

c) Die Ableitung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben kommt jedoch gerade bei den führenden Vertretern dieser Meinung nicht klar zum Ausdruck, da sie ihre Ansicht von der Ablehnung in mehreren Übergangsstufen zur Zustimmung geändert haben. Dementsprechend finden sich zahlreiche Formulierungen, die die Stellungnahme mehrdeutig machen. Dies gilt insbesondere für die Ausführungen HUECKs in seinem grundlegenden Vortrag⁵²⁵, wo er es ablehnt, die Treuepflicht mit dem "stark abgeblaßten" Begriff von Treu und Glauben gleichzusetzen, da es verschiedene sittliche Maßstäbe seien⁵²⁶. Nur noch ein terminologischer Unterschied bleibt jedoch, wenn er später⁵²⁷ sagt, zur Übersichtlichkeit müßten Einteilungen vorgenommen werden. Die bisherige Rechtsentwicklung spreche dafür, nicht lediglich von Treu und Glauben zu reden, sondern einen anderen Ausdruck zu benutzen.

Diese Mehrdeutigkeit besteht noch in späteren Veröffentlichungen⁵²⁸. Auch in dem Lehrbuch des Arbeitsrechts deutet es auf eine Unterscheidung der Art nach, wenn HUECK⁵²⁹ schreibt, bei den echten Gemeinschaftsverhältnissen übernehme die Treuepflicht die Funktion, die im allgemeinen Schuldrecht § 242 BGB habe. An späterer Stelle⁵³⁰ entscheidet sich HUECK dagegen eindeutig: die gesetzliche Grundlage der Treuepflicht sei in § 242 BGB zu erblicken, wenn man sich klarmache, daß das, was Treu und Glauben verlangten, nach der Art des Rechtsverhält-

525) HUECK, Treueged.i.m.Privat., S.6.

526) HUECK, aaO, S.9.

527) HUECK, aaO, S.17.

528) HUECK, SJZ 1948,755; und in der Anmerkung zu LAG Hamburg vom 10.3.1948 in RdA 1948,116: "der Gesichtspunkt der Treue- und Fürsorgepflicht tritt für den Arbeitsvertrag an die Stelle des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben oder enthält, wenn man will, eine nähere Konkretisierung desselben".

529) HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 48 I 1 (S.390).

530) HUECK, aaO, S.391 und § 48 I FN 6a (S.393).

nisses sehr verschieden sein könne.

d) Dagegen hat ursprünglich SIEBERT zwar unterschiedlich, aber eindeutig Stellung genommen.

Früher⁵³¹ sollte die Treuepflicht bei jeder Rechtsbeziehung eine Rolle spielen. Im Recht der Schuldverträge sei ihr Gedanke im Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verkörpert. Später⁵³² sah er in der Treuepflicht der personenrechtlichen Gemeinschaft gegenüber der Treue im Schuldverhältnis "mehr als eine einfache Stufenfolge", einen artverschiedenen Grundsatz. Das Schuldverhältnis dürfe nicht durch die Annahme eines gemeinschaftsähnlichen Rechtsverhältnisses überladen werden.

In seinem Kommentar hat SIEBERT dagegen zum Verhältnis der Treuepflicht zu Treu und Glauben nicht mehr eindeutig Stellung genommen. Er referiert nur⁵³³, daß es verschieden beurteilt werde, ob es sich dabei nur um Grad- oder Wesensunterschiede handele. Zwar nimmt er bei "personenrechtlichen Gemeinschaften" eine umfassende Treuepflicht an, bei der das Gebot der Rücksichtnahme in einem unmittelbaren und stärkeren Pflichtgedanken aufgehe⁵³⁴. Damit kann aber ein unterschiedlicher Grad der Intensität der Pflichten aus Treu und Glauben wie auch eine Artverschiedenheit gemeint sein.

e) Zumindest mißverständlich sind auch die Ausführungen REISCHACHs und SCHILLINGs. Danach soll unter "Treuepflicht" mehr zu verstehen sein als die Beachtung der Grundsätze von Treu und Glauben⁵³⁵, weil sie mit ihrer Forderung nach positivem

531) SIEBERT, DR 1934, 537 ff und NS.-Soz.Pol. 1936, 331 ff (332).

532) SIEBERT, DR 1941, 1930 ff (1932).

533) SOERGEL-SIEBERT, 9. Auflage, § 242 Anm. 5.

534) SOERGEL-SIEBERT, 9. Auflage, § 242 Anm. 46.

535) REISCHACH, S. 14.

Handeln darüber hinausgehe⁵³⁶. Zugleich sehen sie aber in ihr eine durch das enge persönliche Band unter den Gesellschaftern gerechtfertigte Intensivierung⁵³⁷ oder besondere Erscheinungsform⁵³⁸ von Treu und Glauben.

BETTI⁵³⁹ nimmt nur einen unterschiedlichen Grad der Intensität an. Bereits Treu und Glauben erfordere die Einordnung der Beteiligten in eine überpersönliche Aufgabe, die Einsatzbereitschaft zu Mitarbeit und Opfer im Dienste des gemeinsamen Zieles. Mit wachsendem persönlichen Zusammenwirken "gehe die Einsatzbereitschaft in einer Treuepflicht auf".

f) Die Ableitung der Treuepflicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben wird unterschiedlich begründet.

WEBER⁵⁴⁰ verweist unter anderem auf die sprachliche Übereinstimmung, da das Wort "Treu" sowohl in "Treu und Glauben" als auch in "Treuepflicht" vorkomme. Wie dargelegt⁵⁴¹, ist dieses Argument anfechtbar, da Begriffe für sich genommen nichts über den materiellen Gehalt des bezeichneten Gegenstandes aussagen müssen und falsch gewählt sein können.

WEBER⁵⁴² stellt darüber hinaus eine materielle Übereinstimmung fest, da beide Begriffe auf dasselbe Ziel, die ordnungsgemäße Abwicklung eines Rechtsverhältnisses zielten. Eine Gemeinschaft mit ihren engen persönlichen Beziehungen führe dabei⁵⁴³ nur zu "gesteigerten" Pflichten aus Treu und Glauben.

EICHLER, STECHER und BRÜGGEMANN gelangen wegen der von ihnen

536) SCHILLING, JZ 1953, 489 ff, 492.

537) SCHILLING, aaO.

538) REISCHACH, aaO.

539) BETTI, Festschr.f. Müller-Erzbach, S.7 ff(20).

540) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 129.

541) s.o. 3.Kap. I.

542) STAUDINGER-WEBER, aaO.

543) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 130, 246.

gewählten Inhaltsbestimmung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu einer Übereinstimmung mit der Treuepflicht. Nach EICHLER ist diese Generalklausel eine "Verhaltensmaßregel"⁵⁴⁴, deren Anforderungen je nach der Art des Schuldverhältnisses sehr verschieden sein und recht erheblichen Umfang annehmen können⁵⁴⁵. Treu und Glauben könnten daher auch in jene Bezirke vordringen, die zufolge ihres besonderen personenrechtlichen Charakters bislang der Treuepflicht vorbehalten geblieben seien⁵⁴⁵. STECHER⁵⁴⁶ läßt Treu und Glauben in jeder "rechtlichen Sonderverbindung" das Maß an Rücksichtnahme verlangen, das Art und Zweck der Verbindung erfordern. In "personenrechtlichen Dauerschuldverhältnissen" sind nach ihm die Anforderungen am höchsten. BRÜGGEMANN⁵⁴⁷ sieht ebenfalls nur einen graduellen Unterschied, da ein engerer Anwendungsbereich bei personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnissen zu erhöhten Anforderungen führe.

HUBMANN⁵⁴⁸ und WÖLBING⁵⁴⁹ gehen von einer einheitlichen Treue als Grundlage sowohl des Grundsatzes von Treu und Glauben als auch der Treuepflicht aus. WÖLBING⁵⁴⁹ sieht in der Treuepflicht einen "speziellen Satz", einen besonders gesteigerten Grad von Treu und Glauben, um das Ethos der Treue in den personenrechtlichen Verhältnissen zu betonen. HUBMANN⁵⁵⁰ erkennt eine Notwendigkeit, Treu und Glauben von der Treuepflicht formal abzuheben, da die Intensitätsgrade der einheitlichen Treue zu verschieden seien, um sie unter einen einheitlichen Begriff zu bringen.

544) EICHLER, S.28.

545) EICHLER, S.30,31 FN 55.

546) STECHER, RdA 1961,261 und Diss. S.35.

547) BRÜGGEMANN, S. 1 f.

548) HUBMANN, S. 47 f.

549) WÖLBING, S.9.

550) HUBMANN, S.45,47 f.

2. a) In den Äußerungen, die eine Ableitung aus Treu und Glauben ablehnen, steht an erster Stelle das Argument, nur mit einer selbständigen Treuepflicht könne man den personenrechtlichen bzw. persönlichen Beziehungen in bestimmten Rechtsverhältnissen gerecht werden. Der Grundsatz von Treu und Glauben berücksichtige nicht die Besonderheiten einer personenrechtlichen Gemeinschaft⁵⁵¹. Er erhalte sonst wesensfremde Züge⁵⁵².

Zur Begründung dieser Auffassung wird behauptet, in einer personenrechtlichen Gemeinschaft werde eine aktive Förderung des Gesellschaftszweckes verlangt, was weit über das hinausgehe, was § 242 BGB fordere, wo nur besondere Umstände eine Pflicht zu positivem Einsatz und sonstige Nebenpflichten begründeten⁵⁵³. Dieser Einwand wird zugleich von einer weiteren Gruppe erhoben, die - ohne Bezug auf eine personenrechtliche Gemeinschaft - meint, § 242 BGB bzw. der Grundsatz von Treu und Glauben bestimme nur die Art und Weise, wie eine - bestehende - Verpflichtung zu erfüllen, eine Leistung zu bewirken sei⁵⁵⁴. Dagegen begründe die Treuepflicht selbständige Pflichten⁵⁵⁵. Nur ein Scheinargument bringt KLÖPPER⁵⁵⁶ für die Selbständigkeit der Treuepflicht vor: Es wäre müßig, (für den Arbeitnehmer) eine eigene Treuepflicht anzunehmen, wenn sie bereits inhaltlich im wesentlichen von der vertraglichen Arbeitspflicht

551) Argument HUECKs, Treueged.i.m.PrivatR., S.12; ihm folgend: LARENZ, Lb I, S.108 FN 1; SIEBERT, DR 1941,1930 ff (1932).

552) s. HUECK, Anm.551; MEISSINGER, ArbRB1. S.1 und 1.Forts. Bl.; DERSCH, ZAKDR 1936,1033 ff(1036); SEYDEL, DAR 1936, 64 ff; KULL, S.46; KLOPPER, S.16,56; SCHMUTZER, S.26: für die Genossenschaft.

553) Argument HUECKs, Treueged.i.m.PrivatR., S.16 f; ihm folgend: LARENZ, Lb I, S.108) FN 1; Lb II, § 48 II c (S.208); SCHMUTZER, S.26; KLINK, S.37; SIEBERT, DR 1941,1930 ff (1932); MEISSINGER, ArbRB1., 1.Forts.Bl.; KLOPPER, S.16,56.

554) BERGMANN, ZHR 105,1 ff(11): die Treue bei der Treuepflicht sei selbst Leistungsgegenstand, nicht nur Leistungsmodalität; HEILBRUNN, Das Arbeitsgericht 1931,418; v.HUMMEL, S.31 f; KLINK, S.37; GEIB, S.85; BLOMEYER,S.75.

555) NIKISCH, DAR 1938,182 ff(184); MAUS, Hdb.V,S.5; BLOMEYER, aaO; GEIB, aaO; KLINK, aaO

556) KLOPPER, S.62.

umfaßt werde, die sich nach Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB bestimme. KLOPPER ist entgegenzuhalten, daß "mäßige" Doppelbezeichnungen ein und desselben Instituts in der Rechtswirklichkeit nicht als unmöglich gelten können.

Der ablehnenden Meinung neigt anscheinend auch der Bundesgerichtshof in einer früheren Entscheidung⁵⁵⁷ zu, wenn er bei der GmbH von einer "echten, nicht bloß den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) beinhaltenden Treuepflicht" spricht, weil die Beziehungen des Gesellschafters zu seinen Mitgesellschaftern und zur GmbH auch persönlicher Art seien.

b) Die Begründung eines Wesensunterschiedes zwischen dem Grundsatz von Treu und Glauben und der Treuepflicht erscheint schon deshalb angreifbar, weil - wie oben dargelegt⁵⁵⁸ - keine konkreten Vorstellungen darüber bestehen, was die rechtlich erhebliche Eigenart eines sog. personenrechtlichen Verhältnisses oder einer solchen Gemeinschaft ist. Selbst wenn man aber zu einer Bestimmung dieser Besonderheiten gelangte, so bleibt zu fragen, warum der umfassende, unausschöpfbare Grundsatz von Treu und Glauben nicht auch diese Eigenarten berücksichtigen kann⁵⁵⁹.

Für die inhaltliche Begrenzung dieses Grundsatzes können die Gründe nur vermutet werden. Es ist möglich, daß er streng vom Wortlaut des § 242 BGB verstanden wird, was zu einer "Leistungsbezogenheit" führen muß⁵⁶⁰. Diese Vermutung liegt nahe bei den Äußerungen, in denen nicht von "Treu und Glauben", sondern von

557) BGHZ 9,157 ff(163) bestätigt: RG DR 1940,2177 Nr.15 (LS); im Gegensatz zu BGHZ 16,50 ff(51): s.Ann.524.

558) s.o. 4.Kap. VI 1).

559) siehe hierzu im einzelnen 4).

560) § 242 BGB werde dem Arbeitsverhältnis nicht gerecht: DERSCH, ZAKDR 1936,1033 ff(1035 f); ihm folgend: v.WITZLEBEN, S.31; -SEYDEL, DAR 1936,64; MÜLLER,Fr., S.11.

§ 242 BGB im Gegensatz zur Treuepflicht gesprochen wird⁵⁶¹. Selbst Autoren, die nicht verkennen, daß § 242 BGB nur eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist, der das gesamte Vertragsrecht beherrscht, gehen bei ihren Erörterungen vereinfachend von "§ 242 BGB" aus. So schreibt etwa ZÖLLNER⁵⁶², "§ 242 BGB gelte für das gesamte Verbandsrecht"; WIEACKER⁵⁶³ spricht von einer "Konkretisierung des § 242 BGB", HUBMANN⁵⁶⁴ stellt auf diese Bestimmung ab, obgleich alle eindeutig den umfassenden Grundsatz von Treu und Glauben meinen⁵⁶⁵. Die "Distanzierung von Treu und Glauben"⁵⁶⁶ erklärt sich teilweise auch als Flucht aus einer Generalklausel in andere aus dem verständlichen Bestreben nach 1945, den Begriff der "Treue" nach der Ausuferung⁵⁶⁷ in der Vergangenheit wieder konkreter, sinngemäßer zu fassen und auf bestimmte, typisch erscheinende Verhältnisse zu beschränken. Man erhoffte von einem neuen Begriff größere Bestimmtheit und bessere Abgrenzungsmöglichkeiten. Bei der Treuepflicht wurde jedoch die Unsicherheit noch größer, da rechtliche Herkunft und Grundlage dieser "neuen" Pflicht verdunkelt wurden.

3. In der Schweiz wird ebenfalls überwiegend in der Treuepflicht ein besonderer Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben gesehen⁵⁶⁸. Nach GLOOR⁵⁶⁹ gilt dies aus-

561) BGHZ 9,157 ff(163); HUECK, Treueged.i.m.Privatr.,S.16 f; MAUS, Hdb. V, S.5; HEILBRUNN, Das Arbeitsgericht 1931, 418; KULL, S.46; SCHMUTZER, S.26; KLOPPER, S.16; v.HUMMEL, S.31 f.

562) ZÖLLNER, S.335 ff.

563) WIEACKER im Titel seiner Schrift: "Zur Konkretisierung von § 242 BGB".

564) HUBMANN, AcP 155,549.

565) Zur umfassenden Geltung dieses Grundsatzes s.u. 4).

566) EICHLER, S.29.

567) So ausdrücklich: HUECK, Treueged.i.m.Privatr.,S.10; 1941 bereits SIEBERT, DR 1941,1930 ff(1932); FECHNER, S.11; HUBMANN, S.45,47 f; WÜLBING, S.9; FEHRENSSEN, S.81.

568) BGE 89 II 138 ff(155) (1963); für die Gesellschaft (auch wo sie positive Handlungen erfordere) GLOOR, S.6 FN 19 und S.7 FN 22 mit weit.Nachw.; BENZ,S.20; RAAFLAUB,S.13.

569) GLOOR, S.6 FN 19.

drücklich auch dort, wo sie "positive Handlungen" erfordere. Bei der Besprechung der Treuepflicht des Genossenschafters nach Art.866 OR findet sich allerdings durchweg die Auffassung, sie sei nicht nur eine Wiederholung des Art.2 ZGB, sondern gehe darüber hinaus⁵⁷⁰. Im Wortlaut der Vorschriften findet sich für eine solche Unterscheidung kein Anhaltspunkt.

Soweit eine Begründung gegeben wird, findet sich das aus der deutschen Literatur bekannte Argument, die Treuepflicht (des Genossenschafters) fordere ein tätiges Verhalten⁵⁷¹, aus ihr folge ein Konkurrenzverbot⁵⁷², was über die Anforderungen des Art.2 ZGB hinausgehe, der nur Art und Weise der Leistung vorschreibe⁵⁷³.

Bei BENZ⁵⁷³ deutet sich ebenfalls ein zu starkes Abstellen auf Art.2 ZGB für die Inhaltsbestimmung von Treu und Glauben an⁵⁷⁴. Einen neuartigen Unterscheidungsgrund nennt nur ZIEGLER⁵⁷⁵: eine Treuepflichtverletzung bei Art.866 OR sei regelmäßig weder sittenwidrig noch ein Rechtsmißbrauch im Sinne des Art.2 ZGB. Er verkennt dabei, daß dies nicht die beiden einzigen Funktionen von Treu und Glauben sind, und stellt ebenfalls einseitig auf Art.2 ZGB ab.

4. a) Die Treuepflicht in der oben⁵⁷⁶ gefundenen Form mit ihren besonderen Anforderungen und Folgen kann nur dann auf dem Grund-

570) GUTZWILLER, Komm.III. Rechtsgrundl. Rdnr.85 (S.71); ZIEGLER, S.49; TROXLER, S.69: lex specialis; ebenso BENZ, S.21.

571) BENZ, S.22; für die deutsche Literatur s.Anm.553, 555.

572) GUTZWILLER, aaO, Rdnr.85,86 (S.71).

573) BENZ, S.23.

574) Wie für § 242 BGB im deutschen Recht: s.o. 2) Anm.560 ff.

575) ZIEGLER, S.49.

576) s.o. 4.Kap. X.

satz von Treu und Glauben beruhen, wenn dieser nach Inhalt und Anwendungsbereich geeignet ist, diese Besonderheiten zu berücksichtigen. Die Prüfung muß dabei von einem Höchstmaß der Anforderungen aus der Treuepflicht ausgehen, um nicht ein letztlich von Treu und Glauben doch nicht erfaßtes Gebiet auszulassen.

Der Versuch, Inhalt und Anwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glauben – wenn auch nur in bezug auf die Treuepflicht – zu bestimmen, stößt auf ungewöhnliche Schwierigkeiten, weil es keine geschriebene Norm gibt, die hierfür auch nur Anhaltspunkte bieten könnte: §§ 157, 162, 242, 320 II, 815 BGB, die ein Vorgehen nach Treu und Glauben fordern, nehmen diesen Begriff als vorgegeben.

Die Verlegenheit des Juristen bei der Eingrenzung einer solchen Generalklausel zeigt sich darin, daß WIEACKER⁵⁷⁷ in Anlehnung an ESSER⁵⁷⁸ die "Kunstregeln", mit denen (der Richter) den Inhalt des Grundsatzes bestimmen soll, in "dem Gesamtbestand der anerkannten Entscheidungen, rationes decidendi, Maximen, Regeln und Leitsätze" sieht, die "in einer gegebenen Jurisprudenz zu allgemeingültiger Konvention geworden" sind. Dieses Material soll dadurch "nach verbindlicher Standeskunst" eine Ordnungsbedeutung gewinnen, daß es kraft beruflicher Konventionen des Fachjuristen öffentlich überzeuge. Darüber hinaus müßten alle tragfähigen Prinzipien praktischer Ethik nutzbar gemacht werden⁵⁷⁹.

577) WIEACKER, § 242 S.18.

578) ESSER, JZ 1953, 521 ff; HENKEL, Festschr.f.Mezger, S.249 ff (303): Treu und Glauben sind "noch normativ", d.h. den Beurteilungsmaßstab in sich tragend; wenn auch im Übergang zum "regulativen Prinzip", der Aufforderung, im konkreten Fall die Beurteilungsnorm selbst zu entwickeln, da der Wertgehalt unbestimmt ist (wie bei der Zumutbarkeit, S.304); STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 168: "emanzipiertes Präjudizienrecht", "Rechtsprechungsnormen; SIEBERT, Verwirkung, S.121; BRÜGGEMANN, S.6 Anm.1: "jeweils geltende Übung und Denkweise ist maßgeblich".

579) WIEACKER, § 242 S.19; die zur Zeit der Anwendung des § 242 BGB geltenden Anschauungen sind maßgebend: BGHZ 13, 346 ff(350); zust.: BRÜGGEMANN, aaO; und STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 139: der Richter müsse im konkreten

Damit ist schließlich nicht mehr und nicht weniger gesagt, als daß ein unter allen Gefahren rechtlicher Verirrung geschaffener "fait accompli" einer unbeirrten Rechtsprechung und herrschenden Meinung maßgebend sein soll; oder um das Bild WIEACKERS von der "Eselsbrücke der richterlichen Rechtsschöpfung"⁵⁸⁰ aufzugreifen: Es müssen nur genügend Juristen über die Eselsbrücke getrottet sein, um ein Wegerecht annehmen zu können.

Es zeigt sich allerdings keine andere Möglichkeit, als die einer resignierenden Bestandsaufnahme, bei der ein steter Zweifel bleibt, was schon "anerkannt" und "allgemeingültige Konvention" geworden und was (noch) vereinzelter Vorstoß⁵⁸¹ ist. Nur die Hoffnung, daß das Rechtsgefühl der Mehrheit schließlich den wahren Gehalt von Treu und Glauben finden werde, kann davon abhalten, aus eigener Rechtserkenntnis apodiktisch zu Beginn jeder Untersuchung "als Prämisse"⁵⁸² festzulegen, wie weit Treu und Glauben reichen, und danach die Folgen im Einzelfall zu bestimmen.

Eingedenk dieser Schwierigkeiten läßt sich folgende Auffassung von Treu und Glauben heute als anerkannt bezeichnen (soweit sie für das Verhältnis zur Treuepflicht bedeutsam ist):

Bei Treu und Glauben handelt es sich um ein allgemeines Prin-

Anwendungsfall als "Sprachrohr des allgemeinen Rechtsbewußtseins" entsprechend dem Sinn und Zweck der Rechtsordnung auslegen.

580) WIEACKER, § 242, S.43.

581) Wobei LARENZ, Kennzeichen, S.4, zu Recht feststellt, daß die allgemeine Zustimmung noch nichts über die inhaltliche Qualität des neuen Rechts besagt.

582) BRÜGGEMANN, S.24.

zip⁵⁸³, das nicht auf §§ 157, 242 BGB beschränkt ist⁵⁸⁴.

Diese Vorschriften sind vielmehr nur einzelne beispielhafte Ausprägungen eines Grundsatzes, der jedenfalls für das gesamte Zivilrecht gilt⁵⁸⁵. Es handelt sich dabei nicht um eine feste Schablone, deren Bedeutung im allgemeinen und für das einzelne Rechtsverhältnis von vornherein eindeutig festliegt und erkennbar ist⁵⁸⁶. Vielmehr entwickeln sich die Funktionsarten ständig weiter⁵⁸⁷, und erst allmählich bilden sich typische Anwendungsfälle heraus, die für die weitere Konkretisierung maßgebend sein können⁵⁸⁸.

Solche Funktionsarten sind u.a.⁵⁸⁹:

(1) die Lückenfüllung⁵⁹⁰;

(2) die Auslegung⁵⁹¹;

- 583) ESSER, Lb § 36.5, 31.4: regulative Funktion des § 242 für alle Leistungspflichten und Obhutsverhältnisse im privaten und öffentlichen Recht; ZÖLLNER, S.335 ff; für alle privatrechtlichen Verbandsformen; EICHLER, S.28; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.1, 17, 38; ihm folgend: HECK, AcP 142, 297 ff (317 f); KÜCHENHOFF, in Festschr.f. Nottarp, S.153 ff (158); HEDEMANN, Reichsgericht, S.316; HUBMANN, AcP 155, 549: § 242 eine wohl unausschöpfbare Bestimmung; KNÖPFEL, S.25; BRÜGGEMANN, S.6 Anm.1, 24; im Schweizerischen Recht: BGE 83 II 345 ff (E.2 S.348 ff) (1957): Treu und Glauben als allgemeiner auch außerhalb des eidgenössischen Zivilrechts geltender Grundsatz; S.349: "Leitstern der Gesetzesanwendung überhaupt"; (EGGER Nr.6 zu Art.2 ZGB); RAAFLAUB, S.14: "Leitprinzip der Rechtsordnung".
- 584) WIEACKER, § 242 S.45: § 242 auch bei Leistungspflichten im Sachen-, Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht; SCHMIDT, Rdsch.f.GmbH 1960, 137 ff (137); BRÜGGEMANN, S.24; STECHER, S.21, 33.
- 585) RGZ 113, 19 ff (24): für das gesamte Rechtsleben; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.1; BRÜGGEMANN, S.6 Anm.1; REISCHACH, S.14; abl. für das öffentliche Recht: KIMMINICH, JuS 1965, 255; dagegen bejahend: BECHER, NJW 1961, 1998 ff (2000).
- 586) WIEACKER, § 242 S.13; und JZ 1961, 342; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 109.
- 587) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 112, 120.
- 588) STAUDINGER-WEBER, aaO; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, aaO.
- 589) Nach SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.34, drei Funktionsweisen; ihm folgend: WIEACKER, aaO, S.21 f.
- 590) KNÖPFEL, S.6.

- (3) die "individualisierung"⁵⁹² bestehender Verpflichtungen, die derart vom Normalfall des Gesetzesbefehls abweichen, daß anzunehmen ist, der Gesetzgeber selbst würde in diesem Sonderfall nicht an seiner Norm festhalten;
- (4) die Rechtsfortbildung⁵⁹³, wenn bestehende Normen veraltet sind.

WIEACKER bezeichnet sie als:

- (1) "officium-iudicis-Funktion"⁵⁹⁴, als Ausfüllung der geschriebenen Rechtsordnung in sinngemäßer Verwirklichung des gesetzgeberischen Wertungsplans;
- (2) Funktion "praeter legem"⁵⁹⁵, die Forderung an die Parteien, sich gerecht und "rechtsgenössisch" zu verhalten: das dogmengeschichtliche Feld der exceptio doli;
- (3) Funktion "contra legem"⁵⁹⁶, die Durchbrüche der Rechtsprechung zu neuem Richterrecht.

Über die "Zielsetzung" von Treu und Glauben scheinen unterschiedliche Auffassungen zu bestehen. Einmal wird behauptet, dieser Grundsatz diene dazu, allgemeine sittliche Begriffe im Einzelfall durchzusetzen⁵⁹⁷. Zum anderen wird gesagt, er sei vor allem eine Richtlinie zur gerechten Abwägung der beiderseitigen Interessen unter genauer Beachtung der tatsächlichen Eigentümlichkeiten des Falles⁵⁹⁸. Dieser Gegensatz besteht jedoch nicht, wenn man erkennt, daß die zweite Meinung einen Schritt vor der ersten stehengeblieben ist, weil sie noch nicht angibt, wie diese "Richtlinie zur gerechten Abwägung"

591) SIEBERT, Rechtsmißbrauch, S.28; KNÖPFEL, S.6; STECHER, S.21.

592) KNÖPFEL, aaO; JAGUSCH, SJZ 1947,295 ff; WENDT, AcP 100, 1 ff(106 ff).

593) HECK, AcP 122,203 ff(216 ff); JAGUSCH, aaO, S.296 f; ZIMMERMANN, NJW 1952,959 ff; REINICKE, NJW 1952,1155 f; KNÖPFEL, S.6.

594) WIEACKER, § 242 S.21 f.

595) WIEACKER, aaO.

596) WIEACKER, aaO.

597) WIEACKER, § 242 S.20 FN 30; EICHLER, S.15 FN 24.

598) NIKISCH, Lb I, § 36 VII 2(S.497); SOERGEL-SIEBERT-KNOPP,

selbst zu bestimmen ist.

Zu weit geht STAMMLER⁵⁹⁹, der die Funktion von Treu und Glauben darin sieht, daß der Handelnde im Einklang damit bleibe, was als letztes Ziel jeglichen rechtlichen Zusammenlebens festzustellen sei: Die Verwirklichung einer Gemeinschaft, in der ein jeder die Zwecke des anderen zu den seinigen mache. Treu und Glauben gebe danach bei einem Streit im Sinne des sozialen Ideals das Richtige an⁶⁰⁰.

Damit leugnet STAMMLER einen (notwendigen) Interessengegensatz zwischen den Partnern eines Rechtsverhältnisses. Zugleich ist die Ansicht schon deswegen nicht praktikabel, weil die von dem einzelnen verfolgten Ziele von dem "Vertragszweck" unterschiedlich sein können und regelmäßig dem anderen nicht bekannt sein werden.

b) Sind nun - im Blick auf die Fragestellung der vorliegenden Untersuchung - aus Treu und Glauben mit der soeben erkannten Zielsetzung auch positive (Handlungs-)Pflichten herzuleiten?

Übereinstimmung herrscht darin, daß dann, wenn einmal das "Ob" der Leistung feststeht und keine wesentlichen Änderungen eintreten, eine sachlich "korrigierende" und den Vertragsgegenstand erweiternde Auslegung nach § 242 BGB gegen den ausdrück-

§ 242 Anm.6; HECK, AcP 142,297 ff(317); STECHER, S.24 f, 27.

599) STAMMLER, Schuldverh., S.40 ff; und JAGUSCH, SJZ 1947, 295 ff(297 f); abl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 114.

600) STAMMLER, S.43; abl. RGZ 138,373 ff(376), best. in RGZ 160,349 ff(357): keine allgemeine sittliche Verpflichtung, schädigende Auswirkungen berechtigter Interessen zu verhindern; STECHER, S.25, da dadurch der Gemeinschafts- und Treuegedanke ungerechtfertigt ausgedehnt werde.

lichen Parteiwillen nicht zulässig sein soll⁶⁰¹. Gleiches besagt der Hinweis WESTERMANN⁶⁰², der Richter treffe durch die Anwendung von Treu und Glauben, wie es der Gesetzgeber vorschreibe, eine Feststellung; er solle also nicht vertragsgestaltend tätig werden. – Erst recht wird abgelehnt, in § 242 BGB eine selbständige Anspruchsgrundlage zu sehen⁶⁰³.

Dabei muß hier sogleich vor dem Irrtum gewarnt werden, – dem anscheinend KNÖPFEL⁶⁰⁴ unterlegen ist –, diese Ablehnung so aufzufassen, als sei jegliche Begründung von Pflichten ausgeschlossen. Vielmehr soll damit nur ein Verbot ausgesprochen werden, Rechtsverhältnisse allein aus Treu und Glauben neu zu begründen, nicht jedoch, in bestehenden Verhältnissen die Pflichten zu erweitern⁶⁰⁵, um deren sinnvolle Erfüllung sicherzustellen.

Rechtsprechung⁶⁰⁶ und herrschende Lehre⁶⁰⁷ gehen von dem Satz aus, mit Treu und Glauben seien neu auftretende Situationen zu berücksichtigen⁶⁰⁸. Sie lassen daher bei wesentlichen Änderun-

601) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 5.

602) WESTERMANN, Vortrag referiert in AcP 152,445 ff(449); ebenso SCHILLING, JZ 1953,489 ff (489).

603) BGHZ 16,50 ff(51): für den Ruhegehaltsanspruch; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 111; SCHILLING, JZ 1953,489 ff (489); REISCHACH, S.34.

604) KNÖPFEL, S.6 (gegen EICHLER, S.33).

605) KÜCHENHOFF, Festschr.f.Nottarp, S.153 ff(158); STECHER, S.22; KULL, S.47; WÖLBING, S.10; BAUMBACH-DUDEN, § 109 Anm.5, und HUBMANN, S.40, sprechen daher richtig von einer "Ergänzung" der Gesellschafterpflichten; mißverständlich: STAUDINGER-KESZLER, Anm. 35a vor § 705, wo von der Treuepflicht als "selbständiger Rechtsgrundlage" die Rede ist; im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.14: unmittelbare Ableitung von Rechten und Pflichten.

606) RGZ 73,286 ff(288) (Rechenschaftspflicht); RGZ 74,151 ff (154) (Pflicht des Gläubigers zum Pfandverkauf); RGZ 78, 385 ff(387) (Verhalten bei Dauerbeziehung); weitere Nachw. bei STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 5,129.

607) ESSER, Lb § 31.1: auch ursprünglich schon das "Was"; WIEACKER, § 242 S.47; NIPPERDEY, Vertragstreue, S.37 Anm.21; STECHER, S.22; KNÖPFEL, S.6; weitere Nachw. bei STAUDINGER-WEBER, aaO.

608) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 120 mit Nachw.

gen § 242 BGB nicht nur über das "Wie", sondern auch über das "Ob" (und "Was") der Leistung entscheiden. Nur eine Minderheit in der Lehre bestreitet noch diese umfassende Anwendung⁶⁰⁹.

Aber auch hier handelt es sich letztlich um einen dogmatisch fruchtlosen Streit um eine begriffliche Abgrenzung. Wenn es heute als allgemeine Meinung gelten darf, daß es sich beim Schuldverhältnis um einen "Organismus", eine "konstante Rahmenbeziehung" handelt⁶¹⁰, wodurch erst die einzelnen isolierten Vertragsverpflichtungen zu Sinn und Zweck kommen, so ist nicht nur "Erfüllung", sondern "sinngemäße Erfüllung" geschuldet. Dann sind aber auch die zu einer solchen Erfüllung erforderlichen Handlungen mitgeschuldet: Der gemeinsame⁶¹¹ Vertragszweck bestimmt damit über § 242 BGB Inhalt und Umfang der Leistung. Die zur Erreichung des Vertragszweckes erforderlichen Maßnahmen sind im "Wie" der Leistung enthalten⁶¹².

Folgerichtig werden daher ohne Unterschied des Schuldverhältnisses seit langem⁶¹³ seine Beteiligten aus Treu und Glauben für verpflichtet angesehen, ihr Verhalten⁶¹⁴ am Zweck dieser Verbindung auszurichten⁶¹⁵, diesen Zweck also zumindest nicht zu vereiteln⁶¹⁶, und, falls erforderlich, sogar aktiv dabei

609) Nachweise bei STAUDINGER-WEBER, aaO.

610) s. Anm.257 f; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.101; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 770.

611) Im Sinne eines übereinstimmenden, "beiderseitigen" Vertragszwecks; zutreffender Ausdruck bei ESSER, Lb § 26.5.

612) Ähnlich WEILBAUER, S.12: das nach § 242 BGB zu findende "Wie" der Leistung könne beinhalten, daß auch noch ergänzende Leistungspflichten zu erfüllen seien.

613) So bereits 1844 das Oberappellationsgericht in Lübeck, SA 1 Nr.41, aus der "bona fides": Umleitung einer fehlgelaufenen Sendung.

614) ESSER, Lb §§ 36.5, 33.1: "regulative Funktion" des § 242: Ergänzung des sonst klaren Schuldinhalts; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 172 f, 276: zB. im Gesellschaftsverhältnis.

615) KRÖGER, Nebenl., S.7,30,32.

616) SOERGEL-SIEBERT, 9.Auflage, § 242 Anm.61,65; BRÜGGEMANN, S.36; GÖRISCH, S.24; KNÖPFEL, S.21.

mitzuwirken, daß er erreicht wird⁶¹⁷. Dazu sollen sie sich günstiger Umstände bedienen, aber hemmende oder gar schädigende Faktoren verhüten oder abwenden⁶¹⁸. Hierzu zählen auch die Umstände, die zufällig aus der Umwelt auf Vorbereitung und Erbringung der Leistung einwirken⁶¹⁹ (z.B. Krieg, Naturkatastrophen), und die "maturalia negotii", die in der Natur der Sache liegenden Eigenarten⁶²⁰ (z.B. Vertragsdauer, gefährdender Vertragsgegenstand, Personenbezogenheit).

Auf diese Weise können aus Treu und Glauben sog. "ergänzende Sonderpflichten" oder "Sicherungspflichten" entstehen⁶²¹. Die Terminologie ist dabei sehr uneinheitlich⁶²². Die Intensität der Pflichten soll sich nach dem konkreten Rechtsverhältnis richten⁶²³.

Bei dem Ziel einer "sinngemäßen Erfüllung" muß auch die Ableitung ergänzender Handlungspflichten (zu aktivem Tun) aus Treu und Glauben nicht als dogmatisch unmöglich, sondern als ein folgerichtig behandelter Sonderfall erscheinen. So wird auch seit langer Zeit von ergänzenden Leistungspflichten⁶²⁴, ergänzenden Handlungen⁶²⁵, einer Erweiterung der Leistungs-

617) RGZ 115,35 ff(38); RGZ 166,134 ff(147); RGZ 168,327 ff(327); LARENZ, Lb I, § 10 II f (S.116); ESSER, Lb §§ 33.3, 36.5, 32.3; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 173, 276, insbes. A 857,859; KRÜGER, Nebenl., S. 22 f; NIEDNER, S.88.

618) ESSER, Lb § 32.1; BOEHMER, Grundlagen II/1, S.174; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 770; WEILBAUER, S.9; SCHULZE, S.11 ff.

619) STAUDINGER-WEBER, aaO.

620) WIEACKER, § 242 S.23 mit Nachw.; STAUDINGER-WEBER, aaO.

621) ESSER, Lb §§ 32.1, 30.5; WIEACKER, § 242 S.24 f; STAUDINGER-WEBER, § 242, Anm. A 117,170,172; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.100; STECHER, S.22,27.

622) Vgl. die Aufzählung bei STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm.A 772.

623) ESSER, Lb § 32.1; NIKISCH, Lb I, § 36 VII 2 (S.497); WIEACKER, § 242 S.13; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm. 101; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 117,134; KÜCHENHOFF, Festschr.f.Nottarp, S.153 ff(158); STECHER, S.27 f; GÖRISCH, S.19; NIEDNER, S.88; BRÜGGEMANN, S.24.

624) So vor allem WEILBAUER, in seiner gleichnamigen Abhandlung, S.1,3,4.

pflicht⁶²⁶, besonderen Leistungen⁶²⁷ und von erheblicher Leistungssteigerung⁶²⁷ gesprochen.

Aus der unübersehbaren Kasuistik⁶²⁸ sollen beispielhaft nur die Pflichten aufgezählt werden, die auf ein positives Tun gerichtet sein können. Als solche ergänzende Handlungspflichten sind z.B. angenommen worden die Pflichten zu:

Auskunft⁶²⁹;
 Anzeige⁶³⁰;
 Mitteilung⁶³¹;
 Aufklärung⁶³²;
 Mitwirkung⁶³³;
 Schutz⁶³⁴;
 Verwahrung⁶³⁵;
 Versicherung⁶³⁶;
 sonstigen "Zusatzleistungen"⁶³⁷.

5. Die entscheidende Erkenntnis aus der Untersuchung des Grund-

- 625) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 170 (anders Anm. A 552): uU Zweitquittung; HAUCK, S.41: uU Zweifachabtretung der Hypothek in beglaubigter Form.
- 626) HUECK, Treueged.i.m.Privat., S.11: "über die eigentliche Leistungspflicht hinausgehende positive Pflichten"; EICHLER, S.12,28; FECHNER, S.28; WIEACKER, § 242 Anm.47; WEILBAUER, S.5; KRÖGER, S.22 f; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.100 ff; KÜCHENHOFF, Festschr.f.Nottarp, S.153 ff(158); STECHER, S.22.
- 627) ESSER, Lb § 33.3 zu b); STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 540; WEILBAUER, S.34.
- 628) Vgl. zur Kasuistik der Sicherungspflichten: STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 790 bis 931.
- 629) EICHLER, S.28; KRÖGER, S.22 f; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm.A 170; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.104,133 ff.
- 630) RGZ 103,146 ff(149); WEILBAUER, S.34: Dachdeckergereselle teilt einenGerüstschaten nicht mit, der Kollege stürzt ab; KRÖGER, Nebenl., S.7,22 f; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, aa0; WÖLBING, S.11.
- 631) ESSER, Lb §§ 32.7, 33.3; EICHLER, S.28; HUECK, Treueged. i.m.Privat.,S.11; WEILBAUER, S.33; KRÖGER, Nebenl., S.22 f; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 170,951; STECHER, RdA 1961,261.
- 632) KRÖGER, Nebenl.,S.7,40: des Dienstpflichtigen über alles zur Dienstleistung Wissenswerte; STAUDINGER-WEBER, § 242

satzes von Treu und Glauben ist darin zu erblicken, daß aus ihm im Rahmen eines bestehenden Rechtsverhältnisses "positive Handlungspflichten" hergeleitet werden können, um die die sinnvolle Erfüllung gefährdenden Besonderheiten des Verhältnisses oder wesentliche, von den Parteien nicht vorhergesehene Änderungen der Umstände berücksichtigen zu können. Auch diese Pflichten ergeben sich nur aus einer Feststellung, "wie" die geschuldete Leistung zu erbringen ist. Es leuchtet ein, daß sie zugleich zu einer Ermittlung des "Was" wird für beim Vertragsschluß noch unbestimmte Verpflichtungen, bei deren Ausgestaltung die Zukunft entscheidend ist.

Anm. A 170; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.104,124 ff.

- 633) BGH Betr. 1960,812 (Untersuchung und Aufklärung); RGZ 57, 105 ff(109) (Abrechnung); RGZ 97,257 ff (um eine Aufhebung der Beschlagnahme zu erreichen); um eine behördliche Vertragsgenehmigung zu erreichen: RGZ 115,35 ff(38) und RGZ 129,357 ff(376); RGZ 150,89 ff(92): bei den voraussehbaren Schwierigkeiten aus der Beschäftigung Erwerbsloser: evtl. höhere Vergütung; ESSER, Lb § 33.3 zu c); EICHLER, S.28; KRÖGER, Nebenl.,S. 22 f, 31 f: bei der Behebung eines Mangels der Mietsache; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.104, 148 ff; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm.A 170,951,859 (mit weiteren Beispielen); BRÜGGEMANN, S.36
- 634) HUECK, Treueged.i.m.Privat., S.11; STAUDINGER-WEBER,aa0; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.105, 152 ff; BRÜGGEMANN, S.36.
- 635) ESSER, Lb §§ 32.7, 33.3; WEILBAUER, S.33,8,18: die praktisch wichtigste aller ergänzenden Vertragspflichten, die bei den inhaltlich verschiedensten Grundverträgen auftauche; KRÖGER, S.7,22 f,36; EICHLER, S.11,28; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.116): der Verkäufer müsse ein Pferd bis zur Übergabe ausreichend füttern, uU den Tierarzt herbeiholen; STECHER, RdA 1961,261.
- 636) Versicherungspflicht mit Aufwendungsersatzanspruch: RGZ 89,46 ff(52); angemessene Erhöhung der Versicherung: RG JW 1924,1713; zust. ESSER, Lb § 33.3; Kleiderreinigung: WEILBAUER, S.22; ihm folgend: SCHULZE, S.83; WIEACKER, § 242, S.24: Ausstellungsbilder.
- 637) ZB. Ausgleichsansprüche aus der Aufwertung: RGZ 102,272 ff(274); RGZ 121,56 ff(57); HEDEMANN, Reichsgericht, S. 326 f; sog. Förderzinsurteile des Bundesgerichtshofs: Förderzinserhöhung wegen Kaufkraftminderung des Geldes: BGH NJW 1966,105 (Kaliurteil); Grundurteil: BGH NJW 1961, 499 (LS); LG Göttingen Nds.Rpfl.1951,49: Pflicht des Vermieters, dem blinden Mieter einen Platz für die Hütte des

Die Vertragserfüllung gefährdende Besonderheiten sind in der "Personenbezogenheit"⁶³⁸, der Dauer⁶³⁹ und dem "Zweckgerichtetsein"⁶⁴⁰ eines Rechtsverhältnisses zu sehen. Durch sie entsteht eine beim Eingehen des Verhältnisses noch nicht zu regelnde Ungewißheit über seine zukünftige Entwicklung und eine gesteigerte Gefährdung seiner sinnvollen Erfüllung⁶⁴¹. Auch ihr kann damit durch "positive" Pflichten aus Treu und Glauben begegnet werden.

Angesichts dieser Erkenntnisse muß für die Institute von "Treu und Glauben" und der "Treuepflicht" jeder Wesensunterschied verneint werden, der eine größere Bedeutung hätte als die, eine Systematisierung des Anwendungsbereichs des Grundsatzes von Treu und Glauben zu erleichtern. Es leuchtet ein, daß beide Institute in vielen Rechtsverhältnissen derart ineinander übergehen, daß sich eine scharfe Grenze nicht ziehen läßt⁶⁴².

Außer einem gesteigerten Grad der Anforderungen lassen sich weitere Ansatzpunkte finden, die eine terminologische Sonderstellung der Treuepflicht rechtfertigen. Umstände, die positive Handlungspflichten begründen können, sind für die Ver-

Blindenhundes zu stellen.

638) s.o. 4.Kap. III, IV.

639) s.o. 4.Kap. IX.

640) s.o. 4.Kap. VIII.

641) s.o. 4.Kap. X.

642) So zutreffend: STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 130; vgl. ferner: HUECK, Treueged.i.m.Privatr., S.17: das Ausmaß der Anforderungen könne sich überschneiden.

hältnisse, die gerade nicht die oben⁶⁴³ umschriebenen Probleme der Treuepflicht kennen, regelmäßig außergewöhnlich und auch in ihrer Art beim Vertragsschluß noch nicht vorhersehbar. Dagegen handelt es sich in den "Treueverhältnissen" i.e.S. - also insbesondere Gesellschaft und Arbeitsverhältnis - um Umstände, die zwar noch nicht ihrer konkreten Gestalt nach vorhersehbar, aber nach ihrer Anlage schon beim Entstehen dieser Rechtsverhältnisse vorhanden waren. Sie treten nicht von außen an das Verhältnis heran, sondern sind ihm "angeboren" und bedürfen allenfalls des auslösenden äußeren Anstoßes.

Da die Treuepflicht (nur) eine "gesteigerte", besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist, können die bisherigen Untersuchungen und Ergebnisse zu diesem Grundsatz herangezogen werden.

643) s.o. 4.Kap.

D r i t t e r H a u p t t e i l

7. Kapitel: Die Treuepflicht als positive Handlungspflicht

1. Das soeben⁶⁴⁴ gefundene Ergebnis, daß sich aus einer aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleiteten Treuepflicht grundsätzlich auch positive Handlungspflichten ergeben können, ist lange umstritten gewesen.

In den Jahren nach dem ersten Weltkrieg war umstritten, ob die Treuepflicht des Arbeitnehmers eine reine Unterlassungspflicht sei oder (auch) positive Handlungen von ihm fordere⁶⁴⁵. Noch unter der Geltung des § 2 AOG befürchteten Rechtsprechung und Literatur, die unmittelbare Anwendung der umfassenden Treuepflicht dieser Vorschrift werde zu einer uferlosen Ausdehnung der Nebenpflichten und -rechte führen⁶⁴⁶. Diese Furcht war nicht unbegründet. So schrieb (z.B.) DIETZ⁶⁴⁷, alle Pflichten im Arbeitsverhältnis seien Erscheinungsformen der Treuepflicht, z.B. auch die Pflicht zur Lohnzahlung und zur Arbeitsleistung.

Ausdrücklich verneinte früher auch SIEBERT⁶⁴⁸, daß die Treuepflicht neue selbständige Einzelansprüche unter den Beteiligten erzeuge. Diese Äußerung erklärt sich aus der deutsch-rechtlichen Ideologie des Dritten Reiches. So schreibt er vorher,

644) e.o. 6.Kap. IV 5).

645) Vgl. die Nachw. und die Darstellung der geschichtl. Entwicklung bei HAUCK, S.23 f; s.auch Anm.491; im Schweizerischen Recht: für den Aktionär: FROMER, ZSR 1939,210 ff (216): nur Unterlassungspflicht aus dem "Prinzip der beschränkten Beitragspflicht": außer Beitrag keine positiven Mitgliedschaftspflichten.

646) RAG ARS 23,170 ff(172); 26,161 ff(165) und 256 ff(263); MANSFELD, ZAkDR 1935,906 ff(908); HAUCK, S.27; s.a. Anm. 491.

647) DIETZ, Festschr.f.Hedemann, S.330 ff(331 FN 6); ebenso: SIEBERT, Mon.-Hefte d. NS.-Soz.Pol.1936,331 ff(332): für Lohnzahlungs- und Urlaubspflicht.

648) SIEBERT, DR 1934,357 ff(539).

eine Zergliederung der Treuepflicht in Pflichten, die aus ihr abgeleitet werden könnten, sei systemwidrig, da sie wieder in den aktionenrechtlichen Normativismus einmünden würde.

Neuerlich hat wiederum KÜSTER⁶⁴⁹ ausgeführt, die arbeitsrechtliche Treuepflicht vermöge nur die aus dem Arbeitsverhältnis begründeten Rechte und Pflichten zu intensivieren oder in ihrer Bedeutung zu unterstreichen⁶⁵⁰. Ähnlich liege es bei der OHG, wo man in der Geschäftsführung ein Mitarbeiterverhältnis sehen könne. Die Treuepflicht bilde niemals die echte selbstständige Grundlage für die Begründung von Pflichten der Gesellschafter untereinander und gegenüber der Gesellschaft⁶⁵¹.

KÜSTER wiederholt nur die einhellige Meinung, wenn die Treuepflicht – und damit Treu und Glauben – nicht "selbständige" Anspruchsgrundlage sein soll⁶⁵². Das bedeutet nicht mehr, als daß sie nur im Rahmen eines Rechtsverhältnisses wirken kann⁶⁵³. Unter seiner Formulierung⁶⁵⁴, die Treuepflicht könne Rechte und Pflichten "intensivieren", verbirgt sich uneingestanden die Anerkennung von zusätzlichen Handlungspflichten.

2. Soweit das Problem heute erörtert wird, stimmen die Äußerungen, – ganz gleich worin sie die Grundlage der Treuepflicht erblicken –, mit der scheinbaren Ausnahme KÜSTERs⁶⁵⁵ darin

649) KÜSTER, S.61.

650) KÜSTER, S.63.

651) KÜSTER, aaO.

652) s.o. 6.Kap. IV 4. b).

653) s.Anm. 652.

654) KÜSTER, aaO.

655) s.o. unter 1).

überein, daß sich aus ihr positive Handlungspflichten ergeben⁶⁵⁶.

3. Um ihre große praktische Bedeutung und ganze Spannweite aufzuzeigen, seien beispielhaft einige Handlungspflichten angeführt:

- a) Im Arbeitsverhältnis finden wir die Pflicht des Arbeitnehmers, Gefahren oder Schäden anzuzeigen⁶⁵⁷ und abzuwehren⁶⁵⁸.

Es wird heute fast einhellig eine Treuepflicht zur "Mehrarbeit" in Notfällen angenommen⁶⁵⁹, wobei regelmäßig "Überarbeit" gemeint sein dürfte⁶⁶⁰.

656) In der Rechtsprechung: BGHZ 9,157 ff(163): Pflicht des GmbH-Gesellschafters, sich für die Gesellschaftsbelange einzusetzen; OLG Nürnberg, WM Teil IV 1962,731 f; BAG NJW 1960,1589 (Verpflichtung des AN, zuviel erhaltene Vergütung zurückzuzahlen); BAG NJW 1965,1347 (Verzicht auf Gratifikation); ENNECCERUS-LEHMANN, Lb § 4 II (S.19); LEHMANN, GesR S.80; LARENZ, Lb II, § 56 II a (S.293); NIKISCH, Lb I, § 34 I 2 (S.447); HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 37 I (S.242); HUECK, OHG § 13 I (S.139); HUECK, Treueged.i.m.Privat., S.16; WOLANY, S.106; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 238,246; STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Anm.162; STAUDINGER-KESZLER, Anm.35 b, 38 vor § 705; SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm.38; MEISSINGER, ArbRB1., 2.Forts.Bl. (Rückseite); BALLERSTEDT, JuS 1963,253 ff(257); BERGMANN, ZHR 105,1 ff(11 f); BETTI, Festschr.f.Müller-Erzbach, S.7 ff(30); SCHILLING, JZ 1953, 489 ff(492); STECHER, RdA 1961,261; BLOMEYER, S.49,75; BRÜGGEMANN, S.76; KLINK, S.36,43; KLOPFER, S.67; FEHRENSSEN, S.81; REISCHACH, S.11,19; LANTZKE, S.9; SCHMUTZER, S.2,26; WÖLBING, S.11; ferner: ESSER, Lb §§ 30.5, 32.6.7, 33.3; und KÜPCKE, S.66, die wie dargelegt, Treuepflicht und Pflicht aus Treu und Glauben völlig gleichsetzen (vgl. 3.Kap. V); im Schweizerischen Recht: BENZ, S.22 f,47,149 f; GLOOR, S.6 FN 19, S.41; RAAFLAUB, S.14; aus Art.866 OR: TROXLER, S.72; ZIEGLER, S.16.

657) § 20 im "Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis" der Akademie für deutsches Recht: "Schäden und Störungen im Arbeitsvorgang, sie mögen drohen oder schon entstanden sein; dazu möglichst frühzeitige Anzeige einer Dienstverhinderung: HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 37 I (S.243); NIKISCH, Lb I, § 34 I 2 (S.447); SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, § 611, Anm.74; SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm.40; STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Anm.162; STECHER, RdA 1961,261 ff(262); KLINK, S.43: drohende betriebliche Schäden, eigene Erkrankungen, Unregelmäßigkeiten anderer;

In dringenden Fällen soll andere Arbeit zu leisten sein, als der Vertrag vorsieht⁶⁶¹.

Das Bundesarbeitsgericht⁶⁶² erwägt, ob der Arbeitnehmer schon kraft seiner Treuepflicht zur Rückzahlung überzahlten Lohnes verpflichtet ist.

Die Treuepflicht soll einen Anspruch auf Erhöhung oder

REISCHACH, S.20; KLOPPER, S.67;
im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.20,83,93.

- 658) LAG Hannover BB 1952,404: Treuepflicht der Krankenschwester, die Patienten bei einem Krankenhausbrand zu retten; mit insoweit zustimmender Anm. von DENECKE; LARENZ, Lb II, § 48 II c (S.211); MEISSINGER, ArbRB1. 3.Forts.B1.; v.WITZLEBEN, S.40; im Dienstverhältnis: O.v.GIERKE, Festschr.f.Brunner, S.61: Abwendung von Schaden, Hilfeleistung bei Gefahr; EICHLER, S.38;
im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.20,93 f.
- 659) § 15 im "Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis" der Akademie für deutsches Recht; HUECK, Treueged.i. m.PrivatR., S.19: Überarbeit in Notfällen; STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Anm.162; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 238 f, 542 mit Nachw. der Rechtspr.; KRELLER, ZAkDR 1938,302 ff(304): in Notfällen; KILIAN, S.45, 123 ff mit Nachw.; KLOPPER, S.68; a.A.: NIKISCH, Lb I, § 27 III 4 (S.293) und DAR 1938,182 ff(185): der AN sei grundsätzlich zur Mehrarbeit verpflichtet, da er dem AG in der Regel seine ganze Arbeitskraft zur Verfügung stelle;
im Schweizerischen Recht: ausdrücklich in Art.336 Abs.1 OR geregelt; RAAFLAUB, S.32.
- 660) Als Arbeit über die vertragliche Arbeitszeit hinaus; während Mehrarbeit "im eigentlichen Sinne" eine solche über die in der AZO niedergelegte gesetzliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden wöchentlich bzw. 8 Stunden täglich hinaus ist (§ 15 AZO): vgl. SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, § 611 Anm.74, 93 ff); STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 542;
im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.33; s.a.Anm.748.
- 661) § 15 im "Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis" der Akademie für deutsches Recht; STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Anm.162; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 238; SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm.40; NIKISCH, DAR 1938,182 ff(185).
- 662) BAG NJW 1964,1241 f(1242); und NJW 1960,1589.

Ermäßigung von Ruhegehalt⁶⁶³, auf Herausgabe von Schmiergeldern⁶⁶⁴ und auf Ausbildung⁶⁶⁵ gewähren.

- b) In der Genossenschaft soll die Treuepflicht verlangen, für eine gewisse Zeit ein Amt (unentgeltlich) zu übernehmen⁶⁶⁶;
gelegentlich ein Gespann zu stellen⁶⁶⁷;
Mitgliedern der Verwaltung behilflich zu sein⁶⁶⁸;
in der Genossenschaft zu arbeiten⁶⁶⁹;
zumindest die Einrichtungen der Genossenschaft zu benutzen⁶⁷⁰.
Inhalt der Treuepflicht soll auch der Bezugs- und Ablieferungszwang⁶⁷¹ sein, der aber regelmäßig statutarisch festgelegt sein dürfte⁶⁷²;
u.U. aber auch die Pflicht zur Beratung der Genossenschaft⁶⁷³;
zur Mitteilung von Erfahrungen⁶⁷⁴, zur Abwendung von Nachteilen oder Schäden⁶⁷⁵, die der Genossenschaft drohen;
zur Teilnahme und Ausübung des Stimmrechtes in der Genossenschaftsversammlung⁶⁷⁶.

663) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 664.

664) KRÖGER, Nebenl., S.35.

665) Im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.20.

666) WÜLBING, S.90: "in der kleinen Dorfgemeinschaft", falls befähigt und zumutbar; im Schweizerischen Recht: TROXLER, S.74; ZIEGLER, S.107: gegen Entschädigung; TROXLER, S.75: nur ausnahmsweise, einen Angestelltenvertrag zu schließen.

667) WÜLBING, aaO, S.50: in der kleinen landwirtschaftlichen Genossenschaft; im Schweizerischen Recht: TROXLER, S.72: Versammlungs- und Verwaltungsräume, bei Schwierigkeiten, sie anderweit zu beschaffen.

668) WÜLBING, aaO

669) Im Schweizerischen Recht: ZIEGLER, S.33 ff; TROXLER, S.76: nur im Ausnahmefall; S.88: Werbung.

670) WÜLBING, S.63: bei Großgenossenschaften; LANTZKE, S.29 Anm.16.

671) WÜLBING, S.88; SCHMUTZER, S.27,51,56; im Schweizerischen Recht: ZIEGLER, S.81.

672) WÜLBING, S.89: nur in kleinen Dorfgemeinschaften.

672) WÜLBING, aaO; LANTZKE, S.29; SCHMUTZER, aaO.

- c) Bei der Personalgesellschaft werden als positive Handlungspflichten genannt:
 die Mitteilung von Gewinnmöglichkeiten⁶⁷⁷;
 die Anzeige von Gefahren⁶⁷⁸;
 die Abwehr von Schäden⁶⁷⁹;
 eine "Mitwirkungspflicht"⁶⁸⁰ bei dem Betrieb der Gesellschaft, insbesondere bei Beschlüssen⁶⁸¹, die Zustimmung zu ungewöhnlichen Geschäften;

Unterstützung des anderen Gesellschafters bei der primär diesem obliegenden Mitwirkungspflicht (auch wo die eigene Mitwirkung als Hauptleistung bereits erbracht ist)⁶⁸²;
 die Vornahme dringender Geschäfte (etwa die Aufgabe eines Telegramms oder eine wichtige Reise), auch falls ein Vorstoß nicht rechtzeitig zu erhalten ist⁶⁸³;

-
- 674) WÜLBING, aaO; im Schweizerischen Recht: ZIEGLER, S.105: von Mißständen, Gefahren.
- 675) WÜLBING, aaO; SCHMUTZER, S.27: Anzeige und Abwendung; im Schweizerischen Recht: TROXLER, S.93: nur äußerstenfalls selbst abwenden; ZIEGLER, S.33 ff,119.
- 676) SCHMUTZER, S.3,36; im Schweizerischen Recht: ZIEGLER, S.96.
- 677) LARENZ, Lb II, § 56 II a (S.293); KNÖPFEL, S.119; SCHÜTTE, S.70 f.
- 678) HUECK, OHG § 13 I 1 (S.140); SOERGEL-SCHULTZE-v.LASAULX, § 705 Anm.64; KNÖPFEL, aaO; SCHÜTTE, aaO.
- 679) HUECK, aaO; LEHMANN, GesR S.80; SOERGEL-SCHULTZE-v.LASAULX, aaO; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 246; BLOMEYER, S.76; KNÖPFEL, aaO; im Schweizerischen Recht: BENZ, S.149 f; GLOOR, S.13,41, 96.
- 680) BGHZ 44,40 ff(40): Erhöhung der Tätigkeitsvergütung des geschäftsführenden Gesellschafters; zust. ESSER, Lb § 36. 5 b; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 859; BLOMEYER, S.49, 75; im Schweizerischen Recht: BENZ, S.149: Hilfe, irgendeinen Erfolg überhaupt erst zu erzielen; GLOOR, S.13,41.
- 681) BGHZ, aaO; BGH NJW 1961,724 f (Pflicht, der Änderung des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen; ESSER, Lb § 36.5b; HUECK, OHG § 13 I 1 (S.140).
- 682) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 859.
- 683) HUECK, OHG § 15 II 1 (S.155); SAMMECK, S.25 (Für Treu und Glauben).

der Gesellschaft mit Rat und Erfahrung beizustehen⁶⁸⁴;
 eine Verbindlichkeit einzugehen, um eine besonders
 günstige Geschäftsgelegenheit zu sichern⁶⁸⁵;
 in dringenden Fällen die Geschäftsführung zu übernehmen⁶⁸⁶;
 für einen Mitgesellschafter mitzuarbeiten, der unver-
 schuldet zur Untätigkeit gezwungen ist⁶⁸⁷;
 der Verzicht des Kommanditisten auf sofortige Auszahlung
 eines Gewinnanteils bei offenbarem Nachteil der Gesell-
 schaft⁶⁸⁸ (auf der Grenze zum Unterlassen);
 die Fortsetzung der Gesellschaft, falls der kündigende
 Gläubiger vorher befriedigt wird⁶⁸⁹.

8. Kapitel: Die Bestimmung einzelner positiver Treuepflichten

Im folgenden soll versucht werden, die (allgemeinen) Gesichtspunkte zu finden, die bei einer Bestimmung einzelner positiver Treuepflichten als maßgebend erwogen werden müssen.

684) LARENZ, Lb II, § 56 II a (S.274); LEHMANN, GesR S.80; BLOMEYER, S.76: Unterstützung der Geschäftsführung.

685) Im Schweizerischen Recht: BENZ, S.153; abl. GLOOR, S.42.

686) BLOMEYER, S.50.

687) BGHZ 17,299 ff (301 f) bestätigt in FamRZ 1965,40 f; HEINS NJW 1957,345 (Bespr. von OLG Düsseldorf NJW 1956, 1802); BRÜGGEMANN, S.74.

688) LEHMANN, GesR S.156; für die GmbH: SCHMIDT, Rdsch.f. GmbH 1960,137 ff (S.139).

689) RGZ 169,155 f; best. in BGHZ 30,195 ff(201).

Haben wir die Möglichkeit anerkannt, daß die Treuepflicht besondere Anstrengungen von den Beteiligten fordern kann, die sich nicht ausdrücklich oder stillschweigend aus dem Vertrag ergeben, so kommen wir zur Kernfrage unserer Untersuchung: Wann entsteht und wie weit geht die Pflicht zu Aufwendungen und nicht vermögenswerten Anstrengungen⁶⁹⁰? Das Problem kennzeichnet treffend BAYERL⁶⁹¹ mit der Feststellung, der Genosse könne sich (sonst) plötzlich Pflichten gegenübersehen, die bei seinem Beitritt überhaupt noch nicht vorauszusehen waren; die Machtbefugnis der Genossenschaft gegenüber den Mitgliedern sei nicht abzugrenzen. Es fragt sich, ob man dieser Gefahr nur mit BAYERLs⁶⁹² Forderung begegnen kann, nur statutarisch festgelegte Sachleistungspflichten anzuerkennen⁶⁹³.

Jede Grenzziehung für positive Treuepflichten wird ersichtlich von der Antwort auf die Frage beeinflußt, ob die Aufwendungen, die zu ihrer Erfüllung gemacht werden, zu ersetzen

690) Ob der bei der Erfüllung von Treuepflichten häufige Verlust von Freizeit Vermögenswert hat, mag unentschieden bleiben; vgl. zur neuerlichen Kontroverse um den nutzlosen Aufwand von Urlaub im Rahmen des § 249 BGB: bejahend: OLG Frankfurt NJW 1967,1372 f; abl.: HELDRICH, NJW 1967,1737 ff mit Nachw.

691) BAYERL, S.17 (für Sachleistungspflichten, S.1); vgl. ferner: ESSER, Ib § 32.6: "materielle Nebenleistungen i.S. zusätzlichen Aufwands"; STAUDINGER-KESZLER, Anm. 35a vor § 705: ausnahmsweise sogar Erweiterung des Anspruchsinhalts; KLINK, S.55: aus der Treuepflicht allein könne nicht die Verpflichtung zu dauernder Leistung von Diensten abgeleitet werden, die nach Art und Umfang wesentlich über die arbeitsvertraglichen Abmachungen hinausgingen.

692) BAYERL, S.17,71 f.

693) BAYERL, S.72: die Treuepflichten sollen "als Hilfspflichten zur Ergänzung statutarischer Pflichten" lediglich der Klarstellung dienen; - soweit auch sie "positive" Pflichten sind, erhellt, daß sich damit das Problem der Zusatzleistungen und ihrer Konkretisierung nur wenig anders stellt.

sind⁶⁹⁴. Dieser erst weiter unten⁶⁹⁵ zu erörternde Gesichtspunkt ist bei allen nun folgenden Untersuchungen im Auge zu behalten.

I. Vertragliche oder gesetzliche Regelungen einzelner Treuepflichten

Auch soweit sich einzelne positive Treuepflichten vertraglich⁶⁹⁶ oder gesetzlich⁶⁹⁷ geregelt finden, ist damit nicht immer die Frage nach Inhalt, Umfang und Aufwendungsersatz eindeutig beantwortet, wenn etwa nur allgemein von einer "Hilfleistungspflicht bei Unfällen, Feuer und sonstiger Gefahr" die Rede ist⁶⁹⁸. Regelmäßig wird es hier aber besonders nahe liegen, die Aufwendungen als durch ein vertragliches Entgelt abgegolten anzusehen⁶⁹⁹.

Bei einer aus Treu und Glauben hergeleiteten Treuepflicht⁷⁰⁰ bestehen keine Zweifel daran, daß sie grundsätzlich vertraglich regelbar ist⁷⁰¹. Fraglich mag nur erscheinen, ob sie auf ein geringeres als das Maß von Treu und Glauben eingeschränkt⁷⁰²

694) Zum Begriff der Aufwendung s.o. 1.Kap. II 3): dabei liegt auch in einem "Leistungsvorschuß" ein Aufwand; man denke an das Kreditrisiko, die Verzinsung etc.

695) s.u. 9.Kap.

696) s.o. 6.Kap. I.

697) s.o. 6.Kap. III.

698) s. Anm. 459: § 52,54 des Musters für eine Arbeitsordnung.

699) s.u. 9.Kap. II 2. a).

700) s.o. 6.Kap. IV 4) und 5).

701) HOERRIG, DGWR 1937,133 ff(135); BECHER, NJW 1961,1998 ff (1999); REISCHACH, S.43 ff; im Schweizerischen Recht: ZIEGLER, S.18; RAAFLAUB, S.21.

702) BECHER, aaO; und anscheinend: SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm.38: die Treuepflichten dürften keine über den "Rahmen des Anstellungsvertrages" hinausgehende Belastung darstellen.

oder gar ganz ausgeschlossen werden kann⁷⁰³, weil dies für Treu und Glauben bisher von der herrschenden Meinung verneint wird⁷⁰⁴. Da aber nicht jeder Verstoß gegen diesen Grundsatz zugleich die Grenzen der Vertragsfreiheit zu Sittenwidrigkeit und gesetzlichem Verbot überschreiten läßt, dürfte diese Frage selbst dann zu bejahen sein, wenn in allgemeiner Form die Anwendung von Treu und Glauben auf eine Rechtsbeziehung ausgeschlossen wird. Doch mag diese Frage hier letztlich als zu weit führend dahinstehen.

In all den Fällen, in denen eine vertragliche oder gesetzliche Regelung nicht vorliegt oder lückenhaft ist, muß auf Wertungsgesichtspunkte des Gesetzes (II) oder des konkreten Rechtsverhältnisses (III) zurückgegriffen werden.

II. Gesetzliche und sonstige außervertragliche Wertungsfaktoren

1. a) Anders als bei der Fürsorgepflicht⁷⁰⁵ finden sich keine Vorschriften, die ausdrücklich das Ausmaß einzelner positiver Treuepflichten festlegen⁷⁰⁶.

Wertungsgesichtspunkte sind dagegen in mehreren Bestimmungen

703) KLOPFER, S.77: Treuepflichten in der Form von Leistungspflichten könnten durch Vereinbarung ausgeschlossen werden, zB § 60 HGB.

704) Siehe die Lit.Nachw. bei STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 144, der aber selbst schreibt: soweit konkrete gesetzliche Regelungen getroffen seien, die bewußt den Grundsatz von Treu und Glauben ausschließen, gingen diese vor; desgleichen bei erschöpfender gesetzlicher oder vertraglicher Regelung.

705) Vgl. zB §§ 616 ff BGB; § 15 vorläuf. LandarbVO vom 14. Januar 1919, (RGBl. S.111): verschließbare Wohnung und mindestens einen verschließbaren Schrank für ledige Landarbeiter; § 5 der AusfVO zum Ges. über die Unterkunft bei Bauten v.24.10.1938 (RGBl. I S.1516); §§ 63,65 SeemannsO: Sorgepflicht des Kapitäns für Sachen des kranken oder toten Matrosen; § 56 der TO f.d.Dt.Seeschifffahrt vom 1.12.1934: Versicherungspflicht des Reeders für Sachen der Besatzungsmitglieder.

706) Abgesehen von tarifvertraglichen Regelungen (s.Anm.458), die hier ausgeklammert werden sollen, da sie trotz ihres Normcharakters keinen Schluß auf die Wertungen des "Gesetzes" zulassen.

enthalten. So müssen nach § 3 II GmbH-Gesetz Verpflichtungen der Gesellschafter, die über die Leistung der Kapitaleinlagen hinausgehen, in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Eine vergleichbare Regelung trifft § 55 I des Aktiengesetzes vom 6. September 1965⁷⁰⁷ für die sog. Nebenleistungs-Aktiengesellschaft, bei der nicht in Geld bestehende wiederkehrende Leistungen (entgeltlich oder unentgeltlich) von den Aktionären nur auf Grund einer Satzungsbestimmung gefordert werden können. Verpflichtung und Umfang der Leistungen sind außerdem noch in den Aktien und Zwischenscheinen anzugeben.

Nach § 7 Nr. 2 des Genossenschaftsgesetzes müssen der Betrag des Geschäftsanteils und der Mindesteinzahlungen auf diesen Anteil im Statut enthalten sein. Nach § 18 Genossenschaftsgesetz bestimmt sich das Rechtsverhältnis der Genossenschaft und der Genossen (zunächst) nach dem Statut. Dieses darf von den Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes nur insoweit abweichen, als dieses ausdrücklich für zulässig erklärt ist.

Für die Personalgesellschaften (vgl. §§ 112 II, 161 II HGB) schreibt § 707 BGB vor, daß die Gesellschafter ohne besondere Bestimmung im Gesellschaftsvertrag nicht verpflichtet sind, ihre Beiträge zu erhöhen oder die durch Verluste verminderte Einlage zu ergänzen⁷⁰⁸.

b) Im schweizerischen Recht folgt für die uns wegen Art. 866 OR (Treuepflicht) besonders interessierende Genossenschaft aus Art. 832 Nr. 3 OR, daß Art und Höhe der durch die Genossenschafter zu erbringenden Leistungen - Geldbeträge, zusätzliche Anteile oder sonstige Leistungen - im Statut enthalten sein müssen⁷⁰⁹.

707) § 50 a.F.

708) Auch der Aufwendungsersatzanspruch nach § 110 HGB richtet sich deshalb nur gegen die Gesellschaft: s.u. 9. Kap. III 3).

709) BGE 46 II 313 ff (318, 321) (1920) (zu Art. 680 Nr. 5 OR a.F.); GUTZWILLER, Komm. N. 86; TROXLER, S. 26; ZUMBÜHL, S. 81; GUTKNECHT, S. 57 f.

Als in Deutschland aus den oben⁷¹⁰ angeführten Vorschriften noch keine Schlüsse für die Treuepflicht gezogen waren, wurde Art. 832 Nr.3 OR in der Schweiz mehrfach diskutiert. GUT-KNECHT⁷¹¹ und ZUMBÜHL⁷¹², die allerdings beide noch keine "Treuepflicht" kennen, fordern ausnahmslos für jede Abänderung der Leistungspflichten eine Statutenrevision, die eine Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen erfordert (Art. 888 Abs.2 OR). GUTZWILLER⁷¹³ folgert aus der Vorschrift, daß ungeschriebene Sachleistungs- und Abnahmepflichten einer "grundlegenden, im Gesetz verankerten, typisch genossenschaftlichen Rechtfertigung" bedürften. Das Bundesgericht⁷¹⁴ hat sogar gefordert, daß auch die Unterlassungspflichten des Genossenschafters festgelegt sein müßten.

Anscheinend lassen sich daher aus der Treuepflicht keine weiteren Pflichten für die Mitglieder herleiten. Aber TROXLER⁷¹⁵ hat bereits zutreffend darauf hingewiesen, daß sich aus den Entscheidungen ergibt, auch das Bundesgericht wolle bei juristischen Personen, Vereinen, Aktiengesellschaften und Genossenschaften nur verlangen, daß Leistungen "etwelcher Bedeutung"⁷¹⁶ in den Statuten festgelegt seien.

710) s.u. a).

711) GUTKNECHT, aaO.

712) ZUMBÜHL, aaO.

713) GUTZWILLER, aaO.

714) BGE, aaO: Grundsatz, daß bei juristischen Personen die Verpflichtungen ersichtlich sein müßten.

715) TROXLER, S.27.

716) BGE, aaO, S.319.

Diese Einschränkung widerspricht allerdings dem klaren Gesetzeswortlaut. TROXLER versucht, ihre Notwendigkeit damit zu rechtfertigen, daß es nicht möglich sei, alle Pflichten für außerordentliche Fälle in den Statuten vorab zu regeln⁷¹⁷ und daß durch (solche) erkennbare Verpflichtungen der Schutz des Mitglieds nicht berührt werde⁷¹⁸.

c) Für das deutsche Recht lassen sich positive Treuepflichten ohne eine solche Auslegung contra legem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herleiten. Ausnahmsweise kann dieser Grundsatz auch einmal zu einer Durchbrechung des ausdrücklichen Gesetzeswortlauts führen. Denn er muß jedenfalls solange als vorrangig gelten, wie er nicht ausdrücklich oder durch den Gesetzesinn für unanwendbar erklärt ist⁷¹⁹. Für eine solche Ausnahme spricht bei der Treuepflicht jedoch nichts.

Den Gesetzesvorschriften entnehmen wir die Aufforderung, bei der Annahme von Zusatzleistungen überaus zurückhaltend zu sein, um nicht den Pflichtigen unabsehbar zu belasten. Auf keinen Fall ist für die Rechtsverhältnisse, in denen sich keine derartige ausdrückliche Regelung findet, im Umkehrschluß anzunehmen, die Verpflichtung sei unbeschränkt. Wie sich insbesondere aus § 707 BGB für die Mitglieder auch wirtschaftlich weitgehend erfassenden und bindenden Personalgesellschaften ergibt, sind die §§ 3 II GmbH-Gesetz, 55 I AktG und 7 Nr.2, 18 GenG keine Ausnahmenvorschriften, - etwa aus der Eigenart der Kapitalgesellschaften -, sondern Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens der Überschaubarkeit und Begrenztheit der wirtschaftlichen und persönlichen Bindung durch ein Rechtsverhältnis.

2. Gelegentlich wird in allgemeiner Form⁷²⁰ oder für einzelne Ausprägungen⁷²¹ gesagt, die Grenze der Treuepflicht bestimme

717) TROXLER, S.28.

718) TROXLER, S.27.

719) s.o. I Anm.704.

720) ESSER, Lb §§ 30.5, 32.2; HAUCK, S.64; KLOPPER, S.77.

721) ESSER. Lb § 131.9: für die Treuepflichten des Dienstneh-

sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Will man darin nach der Erkenntnis, daß die Treuepflicht aus § 242 BGB herzuleiten ist⁷²², mehr sehen als eine inhaltsleere Wiederholung, so mag darin der Hinweis liegen, daß alle Ausprägungen dieses Grundsatzes in Rechtsprechung und Literatur bei der Grenzziehung zu berücksichtigen sind.

3. a) Bei der Frage nach Inhalt und Grenzen der Treuepflicht wird häufig die Zumutbarkeit als Maßstab angegeben⁷²³.

b) Da auch die Zumutbarkeit nach heute fast einhelliger Meinung aus § 242 BGB herzuleiten ist⁷²⁴, laufen die vorstehenden Äußerungen – wie jene unter 2. – darauf hinaus, die aus Treu und Glauben hergeleitete Treuepflicht durch Treu und Glauben zu begrenzen. Auch hier ist diese Ansicht sinnvoll nur so zu

mers; HUECK, SJZ 1948,755: für die Beschränkung der Rechte eines Gesellschafters; SAMMECK, S.25: für Aufwendungen des Gesellschafters.

722) s.o. 5.Kap. IV 4), 5).

723) HUECK, Treueged.i.m.Privatr., S.16; ihm folgend: LARENZ, Lb II, § 56 II a (S.293) für den Gesellschafter; HEINS, NJW 1957,345 (Bespr. von OLG Düsseldorf NJW 1956,1802): uU höherer Gewinnanteil für die nicht zumutbare Mehrarbeit; BLOMEYER, S.49; KILIAN, S.35: Leistungsfähigkeit des AG als Grenze der Zumutbarkeit; S.125,131: bei der Mehrarbeit; KNÖPFEL, S.99: bei Unzumutbarkeit: "im Interesse der Gerechtigkeit" Aufwunderersatz; SAMMECK, S.25; in der Genossenschaft: WÖLBING, S.90; im Schweizerischen Recht: TROXLER, S.72 f; RAAFLAUB, S.32, 34 (Mehrarbeit); ferner: ESSER, Lb § 33.3; ebenso für die sog. Mitwirkungspflicht aus Treu und Glauben: STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 857 f mit Nachw.; Anm. A 858: sie verlange regelmäßig nicht, daß der Verpflichtete "besondere" Kosten aufwende; Anm. A 554: bei erhöhten Leistungspflichten aus Treu und Glauben.

724) Vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 3,138 mit Lit.Nachw.; ferner schon: NIPPERDEY, Vertragstreue, S.16.

verstehen, daß bei der Konkretisierung einzelner Treuepflichten die Erkenntnisse heranzuziehen sind, die von der Lehre über die Zumutbarkeit gewonnen wurden.

Auf eingehende Erörterungen, welche Umstände zur Nichtzumutbarkeit führen können, kann insoweit hier verzichtet werden, als sich keine Besonderheiten für die Treuepflicht ergeben. Es wird auf die umfassende Zusammenstellung bei WEBER verwiesen⁷²⁵. Nur wenn eine von der herrschenden abweichende Meinung vertreten wird oder sich aus der Eigenart der Treuepflicht Besonderheiten ergeben, ist folgendes zu bemerken:

Es läßt unzutreffend auf zwei verschiedene Institute schließen, wenn formuliert wird, "Treu und Glauben" sei ein (mehr) objektiv wertender⁷²⁶, die Zumutbarkeit dagegen ein relativer⁷²⁷, subjektbezogener⁷²⁸ Maßstab. Richtig ist, daß durch die Zumutbarkeit im besonderen Maße die subjektiven Gesichtspunkte von Treu und Glauben, ihrer Rechtsgrundlage⁷²⁴, berücksichtigt werden.

Bei der Anwendung auf die Treuepflicht ist zu bedenken, daß die Lehre von der Nichtzumutbarkeit von einer (zunächst) "formell" feststehenden Verpflichtung ausgeht, die an die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles (deklaratorisch) anzupassen ist⁷²⁹. Die "Zumutbarkeit" könnte daher allenfalls eine zu weit gespannte Treuepflicht begrenzen. Dabei ist eine

725) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 1,3,9,13,19,27,28,95,96, 97,98,99,100,103,104,110,111,123,128,175.

726) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 3.

727) HENKEL, Festschr.f.Mezger, S.249 ff(303): Treu und Glauben sei noch normativ, den Wertinhalt in sich tragend; die Zumutbarkeit dagegen schon normativ, fallbezogen.

728) NIPPERDEY, Vertragstreue, S.31; STAUDINGER-WEBER, aaO und Anm. B 145: die Nichtzumutbarkeit sei letztlich subjektbedingt und wolle eine subjektive Beziehung zu einem objektiven Tatbestand ausdrücken; Treu und Glauben stelle dagegen einen objektiven Maßstab eines Zustandes dar -: damit nimmt er anscheinend zwei selbständige Maßstäbe an.

729) NIPPERDEY, Vertragstreue, S.32; S.17: Nichtzumutbares sei eo ipso nicht geschuldet.

Anpassung wegen Nichtzumutbarkeit eine seltene Ausnahme, die ihrer Art und ihrem Grunde nach nicht vorhersehbar ist.

Die Treuepflicht ist dagegen bestimmten Rechtsverhältnissen wegen ihrer Eigenart vorgegeben⁷³⁰. Zwar lassen auch hier erst in ihren Einzelheiten unvorhergesehene Schwierigkeiten konkrete, inhaltlich bestimmte Treuepflichten entstehen⁷³¹, aber ihrem Grunde nach waren sie vorhersehbar⁷³⁰. Hieraus rechtfertigt sich die von WEBER⁷³² nicht näher begründete Forderung, bei "personenrechtlichen und ähnlichen auf das Verhalten der Vertragspartner abgestellten Bindungen" die Nichtzumutbarkeit strenger zu prüfen als bei reinen Verkehrsgeschäften.

Der Gesichtspunkt, der bei der Zumutbarkeit in den verschiedensten Formulierungen und Differenzierungen am häufigsten erörtert wird und für die positive Treuepflicht besonders interessieren muß, ist das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung⁷³³. Nur ein Unterfall dieser Prüfung liegt vor, wenn der eine Teil nicht vorauszusehende und von beiden Teilen nicht veranschlagte Aufwendungen machen muß⁷³⁴, die so erheblich sind, daß sie in keinem Verhältnis zur Höhe der Gegenleistung stehen (anomales Verhältnis von Aufwendungen für die Leistung zur Gegenleistung)⁷³⁵. Im einzelnen wird hierzu unten⁷³⁶ Stellung zu nehmen sein.

730) ZB. wegen der Dauer einer Rechtsbeziehung; der Pflicht, einen Zweck zu fördern s.o. 4.Kap. III, IV, VIII; zur Frage der Vorhersehbarkeit s. 6.Kap. IV 5) und 8.Kap. III 3).

731) s. 6.Kap. IV 5) und 8.Kap. I.

732) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 150: Gesellschafts-, Arbeits-, Familien-, Versicherungsverhältnis.

733) So hat sich das Problem der Nichtzumutbarkeit überhaupt aus den wirtschaftlichen Äquivalenzstörungen entwickelt: WIEACKER, § 242 S.36 f; NIPPERDEY, Vertragstreue, S.21: die Nichtzumutbarkeit bestehe in der anormalen Beziehung der eigenen Leistung zur Gegenleistung, bei der auch die eigenen Aufwendungen zu berücksichtigen sind; ferner: SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm. 371 ff): Fortfall der Geschäftsgrundlage, falls die Erfüllung wegen einer Veränderung des Leistungsverhältnisses unzumutbar werde; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 128, 175.

734) NIPPERDEY, aaO; zust. STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 19, 185.

Soweit bei diesen Erörterungen auf die persönliche Leistungsfähigkeit abgestellt wird⁷³⁷, muß dieser Gesichtspunkt schon hier zurückgewiesen werden. Sonst hinge es von der Leistungsfähigkeit des Treuepflichtigen ab, welche Aufwendungen er zu erbringen hätte, und er würde wegen seines Vermögens benachteiligt.

Bei den Untersuchungen zum Einzelvertrag (III.) werden weitere Gesichtspunkte zu erörtern sein, die auch in der Prüfung der Zumutbarkeit eine Rolle spielen:

- (1) daß die Ursache für die ungewöhnlichen Leistungshindernisse im "Gefahrenkreis" des anderen Teils liegt⁷³⁸;
- (2) daß der Leistung außerordentliche Schwierigkeiten oder persönliche Gründe des Schuldners entgegenstehen⁷³⁹;
(die "Interessenabwägung")⁷⁴⁰.

4. a) Überall wo mehrere Treuepflichten an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, fragt es sich, welche Bedeutung der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung für die Erfüllung dieser Pflichten hat⁷⁴¹.

735) Sog. "ruinöse Aufwendungen", vgl. RGZ 99,258 ff(260); RGZ 121,45 ff(57); OLG Düsseldorf Betr. 1956,349 f.

736) s.u. III 5).

737) Für sie als Maßstab aber: RG Recht 1920 Nr.357: im Verhältnis Handwerker-Großunternehmer; ausdrücklich abl. schon: NIPPERDEY, Vertragstreue, S.40 Anm.41; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 149 mit Lit.Nachw.

738) ESSER, Lb § 34.9a: pflichtwidriges Verhalten des Gläubigers; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 593; s.u. III 4) und 9.Kap. IV 4).

739) ESSER, Lb § 34.9b: persönliche Gefährdung; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 175; s.u. III 4).

740) BGHZ 16,105 ff(107): der Zumutbarkeitsbegriff stelle strenge Anforderungen an die Interessenabwägung; zust. HUBMANN, AcP 155,85 ff(87); im Schweizerischen Recht: TROXLER, S.20,73,75; s.u. III 4).

741) FEHRENSSEN, S.139 ff(145): neben der umfassenden mat. Bindung des Großaktionärs durch die Treuepflicht sei für den Gleichheitssatz kein Raum mehr; s.ferner: HUECK,G.,Gleichbehandlung, S.108 FN 4: Nachw. zur Ableitung des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus Treu und Glauben bzw. der Treuepflicht; selbst dagegen abl. auf S.112, da der

Über die gesetzliche Grundlage dieses Satzes gehen die Ansichten auseinander⁷⁴². Einigkeit besteht aber über seinen Inhalt, daß jedes Mitglied eines Verbandes bei gleichem Sachverhalt gleich zu behandeln ist⁷⁴³.

Nach BRÜGGEMANN⁷⁴⁴ soll dadurch in der Gesellschaft der einzelne Gesellschafter in seinem eigenen Interesse vor den Eingriffen geschützt werden, die über das im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Maß hinaus eine Erhöhung seiner Pflichten oder eine Schmälerung seiner Rechte herbeiführen würden. LANTZKE⁷⁴⁵ will aus der Stellung der einzelnen Mitglieder im Verbandschließen, daß jedem im Rahmen der Selbstverantwortlichkeit die gleiche Verpflichtung obliege, für die Erreichung des Verbandszwecks einzutreten. Der einzelne erkläre sich mit seinem Beitritt nur einverstanden, anteilig zur Erreichung des Verbandszwecks mitzuwirken. LANTZKE⁷⁴⁶ folgert daraus, daß eine Verbindlichkeit des Mitglieds nicht begründet werde, falls es vom Verbandszweck zu Leistungen herangezogen werde, durch die es ein Mehr an Aufwendungen gegenüber den anderen trafe.

Grundsatz von Treu und Glauben zu wenig konkretisierbar sei; S.282: anteilige Kürzung des Entnahmerechts bei der Gesellschaft aus Treuepflicht und Gleichbehandlungspflicht.

- 742) HUECK, G., Gleichbehandlung, S.83 ff mit Nachw.; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. C 262; LANTZKE, S.73, läßt die Frage offen; ebenso KILIAN, S.125 ff; vgl. ferner BÖTTCHER, RdA 1953,162: häufig nicht mehr als eine Forderung nach Normvollzug; GALPERIN, RdA 1953,169; im Schweizerischen Recht: für die Genossenschaft Art. 854 OR: "die Genossenschafter stehen in gleichen Rechten und Pflichten, soweit sich aus dem Gesetz nicht eine Ausnahme ergibt".
- 743) HUECK, G., Gleichbehandlung, S.173, 222 ff, 277.
- 744) BRÜGGEMANN, S.98 mit Nachw.
- 745) LANTZKE, S.73; ferner: BAYERL, S.46: die Genossenschaftsorgane seien bei der Regelung (Ausgestaltung) der Nebenpflichten zumindest an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden.
- 746) LANTZKE, S.74.

KILIAN⁷⁴⁷ leitet aus dem Grundsatz gleichmäßiger Behandlung andererseits einen Anspruch des Arbeitnehmers auf gleichmäßige Heranziehung zur Mehrarbeit⁷⁴⁸ her. Der bei der Vergabe übergangene Arbeiter, der zur Mehrarbeit fähig sei, fühle sich benachteiligt, wenn es ihm daran liege, einen zusätzlichen und unter Umständen durch Zuschläge erhöhten Lohn zu verdienen.

In der Schweiz will TROXLER⁷⁴⁹ - wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 854 OR - eine Anpassung der Treuepflicht an den Einzelfall nur soweit zulassen, wie sie sich mit der Forderung nach Gleichbehandlung aller Genossenschafter vereinbaren lasse.

b) Den Ausführungen LANTZKES kann nur teilweise gefolgt werden, soll nicht die Treuepflicht weitgehend ungeeignet werden, unvorhergesehenen Schwierigkeiten zu begegnen: Jedenfalls muß eine Berufung darauf, daß auch andere Treuepflichtige vorhanden seien, die ebenso verpflichtet seien, erfolglos bleiben. Erst wenn gleichartige Fälle der Treuepflicht sich wiederholen oder die Notwendigkeit zu Aufwendungen erneut auftritt, fordert der Grundsatz der Gleichbehandlung die gleichmäßige Heranziehung der Treuepflichtigen und verbietet, stets dasselbe Mitglied des Verbandes zu belasten. Dasselbe gilt, wenn die Treuepflichterfüllung zu Vorteilen des Pflichtigen führt (Mehrarbeitsvergütung), so daß KILIANs Ausführungen zuzustimmen ist.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann ferner bedeutsam werden

747) KILIAN, S.119,125.

748) Wohl überarbeitet: s.Anm. 660.

749) TROXLER, S.25; GUTZWILLER, Komm. III, Rechtl.Grundl. N 82 (S.70); N 78 (S.67): das Gleichheitsprinzip beherrsche die gesamte Rechtsstellung der Genossen; N 79 (S.68): gleich sei die Pflicht zu Beiträgen und Leistungen.

bei der Frage, ob Aufwendungen, die den einzelnen im Verhältnis zu den anderen Mitgliedern ungleich treffen, zu ersetzen sind⁷⁵⁰.

III. Wertungsfaktoren des konkreten Rechtsverhältnisses

Den Gefahren einer Generalklausel - Verweichlichung, Unsicherheit und Willkür der Einzelentscheidung⁷⁵¹ - läßt sich nur durch das Abstellen auf das konkrete Verhältnis mit seinen Besonderheiten begegnen⁷⁵². Dieses Mittel führt jedoch bei seiner übertriebenen Anwendung zu gleicher Aushöhlung der Rechtssicherheit durch zu starke "Individualisierung"⁷⁵³ der Entscheidung, wenn man es ausschließlich dem Einzelfall überlassen wollte, Inhalt und Umfang der Treuepflichten zu bestimmen⁷⁵⁴, oder wenn nur allgemein der "Rahmen des Vertrages"⁷⁵⁵ als Grenze genannt würde.

Solche Formulierungen finden sich zwar häufig⁷⁵⁶, doch werden

750) s.u. 9.Kap. III 3).

751) s.o. 2.Kap. 1).

752) HUBMANN, S.33,46,131.

753) Ausdruck bei SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.2 zur Anwendung von § 242 BGB.

754) So aber DIETZ, Festschr.f.Hedemann, S.330 ff(333); MAUS, Hdb V, S.5.

755) SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm.38 für den Anstellungsvertrag des Handlungsgehilfen.

756) OLG Nürnberg WM Teil IV 1962,731: Umstände des Einzelfalles (Gesetzeszweck, Zusammenarbeit); LEHMANN, GesR S.79: Frage des Einzelfalles (berechtigte eigene Belange); HUECK, Festschr.f.Hübner, S.72 ff(80): Gesellschaftsvertrag als Quelle und Grenze; ders., OHG § 13 I 1 (S. 140); ihm folgend: KÜSTER, S.63; HUBMANN, S.33,46,131; S.10: abhängig vom Gegenstand, auf den sie sich bezieht; SCHMUTZER, S.33 Anm.4: die Interessenverbindung des Einzelfalles in ihrer Stärke; ferner: ESSER, Lb § 131.9: personenrechtliche Besonderheiten und die Eigenheit des konkreten Dienstverhältnisses; ders., Lb § 147.7: Art des verwahrten Objekts, der Gefahren, der Verwahrung; ders., Lb § 33.3: abhängig vom Vertragstypus, am weitesten im Dauerschuldverhältnis; für § 242 BGB: SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm. 1: Art und Inhalt des konkreten Rechtsverhältnisses; tatbestandlich die Umstände des einzelnen Falles;

regelmäßig zugleich Umstände des Einzelfalles genannt, die in ihrer Gemeinsamkeit und gegenseitigen Abwägung die Grenzziehung bestimmen sollen. Diese Wertungsfaktoren sollen im folgenden auf ihre Unterscheidungskraft geprüft werden.

1. a) Versteht man unter der Treuepflicht die Beharrung bei Sinn und Zweck des Rechtsverhältnisses⁷⁵⁷, so liegt ihre äußerste Grenze - und damit auch zu Aufwendungen - dort, wo sie nicht mehr dazu dient, den Vertragszweck⁷⁵⁸ zu erreichen⁷⁵⁹.

Abgesehen von allen Zweifeln an der Bestimmbarkeit des Vertragszweckes⁷⁶⁰, kann dieser nicht die einzige Grenze bilden. Damit würde z.B. verkannt, daß nach gesetzlicher und vertraglicher Regelung nicht jede der Parteien in gleicher Weise und in gleichem Ausmaß verpflichtet ist, zur Zweckerreichung beizutragen⁷⁶¹; Unter den zahlreichen Äußerungen, die den Ver-

im Arbeitsverhältnis: RAG ARS 37,269 ff(271); und ARS 47, 136 ff(138); HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 48 I 1 (S.391): Anforderungen nach der Art des Rechtsverhältnisses (Enge der Beziehungen in der personenrechtlichen Gemeinschaft); und Lb I, § 37 I (S.242): ausgerichtet an den besonderen Umständen des Arbeitsverhältnisses und an der Verkehrssitte (Enge der persönlichen Beziehungen und Vertrauen); LARENZ, Lb II, § 48 II c (S.211): je nach den Umständen verschiedene Pflichten (Art, Dauer des Arbeitsverhältnisses, Stärke der persönlichen Beziehung, Grad des Vertrauens); STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Anm. 162: Art des Arbeitsverhältnisses (Maß des Vertrauens); KLINK, S.40: Umstände des speziellen Falles; (S.42: Enge der persönlichen Beziehung, Vertrauen); im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.21: Grundkonzeption des einzelnen Dienstverhältnisses; die vertraglichen Grundlagen des einzelnen Arbeitsverhältnisses.

757) s.o. 3.Kap. III 4) und 4.Kap. VIII.

758) Als gemeinsames Ziel der Parteien: s.o. 4.Kap. VIII 1.c).

759) Alle Äußerungen, die die Treuepflicht als "Zweckförderungspflicht" auffassen (s.o. 4.Kap. VIII 1a-c), geben mit der Formulierung, "es bestehe eine Verpflichtung, den Zweck zu fördern," stillschweigend zugleich deren Grenze an.

760) Bejahend: KÜSTER, S.89; gegen ihn: nicht objektiv entcheidbar: ZÖLLNER, S.24 ff, 320 ff.

761) ZB als Geschäftsführer und Nichtgeschäftsführer; als Komplementär und Kommanditist; man denke ferner an Mitgliederrechte in deren Interesse, zB auf Gewinnkontrolle

tragszweck als Grenze angeben⁷⁵⁹, finden sich dementsprechend mehrere, die dieses Kriterium modifizieren.

- (1) An erster Stelle wird die Aufgabenteilung innerhalb des Rechtsverhältnisses als Maßstab dafür genannt, was - im Rahmen der Zweckdienlichkeit - an Anstrengung geschuldet wird⁷⁶².
- (2) Weiter können berechnigte Eigeninteressen eine Einschränkung fordern⁷⁶³.
- (3) Es soll bedeutsam sein, ob der Pflichtige bei Eingehen des Rechtsverhältnisses den vollen Umfang der übernommenen Verpflichtungen vorhersehen konnte⁷⁶⁴.
- (4) Schließlich wird eine Einschränkung darin gefunden, daß alle Beteiligten nur anteilig, im gleichen Maße verpflichtet sein sollen (Gleichbehandlungsgrundsatz)⁷⁶⁵.

b) Exkurs: Sinn und Zweck des (beendeten) Rechtsverhältnisses sind auch äußerste Grenze der sog. "nachwirkenden Treuepflichten"⁷⁶⁶, die eine sinnvolle "Folgenbeseitigung und Restabwicklung" ermöglichen sollen; z.B. durch Dulden eines Hinweisschildes auf die neue Adresse einer verlegten Arztpraxis.

etc.; s. ZÖLLNER, S.322; S.345, spricht von "Zweckverfolgungsnähe" im Gegensatz zu KÜSTER, S.63, der undifferenziert auf den Verbandszweck abstellt.

762) s.u. 2).

763) s.u. 4).

764) s.u. 4).

765) s.o. II 4).

766) Zu Unrecht stellt STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 991, bei dem AN außerdem auf seine schwächere wirtschaftliche Stellung ab.

2. a) Die Rechtswirklichkeit zeigt - abgesehen von den Ausnahmen einseitig verpflichtender Verhältnisse und einer *societas leonina* -, daß jeder Beteiligte in unterschiedlicher Weise zur Erreichung des Zwecks beizutragen hat. Das ist eine Selbstverständlichkeit bereits für reine Austauschverträge und gilt ebenso für Verhältnisse, in denen mehrere zusammenwirken, wie etwa eine Gesellschaft oder ein Unternehmen mit zahlreichen Arbeitnehmern. Dieser verschiedenartige und unterschiedlich umfangreiche Pflichtenkreis des einzelnen Beteiligten rechtfertigt es, von einer abgestuften "Zweckverfolgungsnähe"⁷⁶⁷ zu sprechen. Man kann in dieser Aufgabenverteilung zumindest einen starken Hinweis⁷⁶⁸ für Umfang und Intensität der den einzelnen treffenden Treuepflichten sehen, die die Schwierigkeiten auf dem Wege zum Ziel des Verhältnisses überwinden sollen.

Um den Grad der "Zweckverfolgungsnähe" zu bestimmen, ist es erforderlich, möglichst genau⁷⁶⁹ die Stellung des einzelnen innerhalb des Rechtsverhältnisses⁷⁷⁰ zu untersuchen, wie sie sich

767) Ausdruck bei ZÖLLNER, S.345.

768) ZÖLLNER, S.338: die Struktur der Mitgliedschaftsverhältnisse ermöglichen es, eine Stufenleiter der Stärken der Gemeinschaftsbindungen aufzustellen von BGB-Gesellschaft und OHG zu Verein und Aktiengesellschaft; aus dieser Bindung ließen sich zumindest Indizien gewinnen.

769) GIERKE, J.v., ZHR 111,198, lehnt dagegen noch eine "tiefelnde" Untersuchung der Struktur der konkreten Gesellschaft ab; gegen ihn: EICHLER, S.66 FN 6o.

770) BGHZ 9,157 ff(163): die Ausgestaltung des inneren Verhältnisses in der GmbH sei entscheidend dafür, ob nur Unterlassungspflichten bestehen; zust. SCHMIDT, Rdsch.f.GmbH 1960,137 ff(137); HUECK, Treueged.i.m.Privat., S.15, nennt als "notwendige Abstufungen": Prokurist, ungelernter Arbeiter, Hausangestellte, Fabrikarbeiter; Gesellschafter einer OHG, KG, stillen Gesellschaft (ohne bei den Gesellschaften zu differenzieren); MAUS, Hdb V, S.6: Stellung des AN, zB als leitender Angestellter; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 675 mit Lit.Nachw.: Stellung: IdR sei der Ruheständler zu aktiver Interessenwahrnehmung des früheren AG nicht mehr verpflichtet; SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, § 611 Anm.73 mit Nachw.: u.a. sei die Stellung des AN im Betriebe maßgebend (bes. Vertrauensposition): Prokurist, Kassenangestellter, ob in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, Groß- oder Kleinbetrieb; SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm. 38,40a: die Stellung des Handlungsgehilfen im

aus Gesetz⁷⁷¹, Vertrag, Organisationsform⁷⁷² und tatsächlicher Einwirkungsmöglichkeit⁷⁷³ auf das Verhältnis ergibt.

b) Beispielsweise rechtfertigt in der Gesellschaft die unterschiedliche Stellung der Gesellschafter - insbesondere als Geschäftsführer und Nicht-Geschäftsführer⁷⁷⁴ - Abstufungen der Treuepflicht. Eine uneingeschränkte Bindung an den Gesellschaftszweck ist nur bei Fragen der Geschäftsführung anzuerkennen-

Betrieb sei entscheidend; GOERRIG, DGBR 1937,133 ff(135): die Betriebsstellung; BLOMEYER, S.98: die Rechtsstellung des einzelnen in der Gemeinschaft; S.77: Befugnisse zur Einwirkung auf die Unternehmensleitung: regelmäßig - und nicht "immer", wie BRÜGGEMANN, S.69, behauptet - würden nicht mehr Einwirkungsrechte eingeräumt, als der Gesellschaft gegenüber Pflichten übernommen würden; KNÖPFEL, S.57: der unbeschränkt Haftende sei viel mehr am Wohlergehen der Gesellschaft interessiert, weshalb ihm auch größere Opfer zuzumuten seien; ferner: NIKISCH, Lb I, § 34 I 1 (S.446) und früher DAR 1938,182 ff(183): zwar nicht der Zweck, aber Inhalt und Umfang der Treuepflicht seien u.a. durch die Stellung des AN bestimmt; im Schweizerischen Recht: TROXLER, S.20: der Aktionär wolle nur ein beschränktes Risiko eingehen und sich nur einer genau vorhersehbaren, unpersönlichen Leistung verpflichten; S.76: die Organisation der Genossenschaft; RAAFLAUB, S.21 f: u.a. die Stellung im Betrieb, das Mitbestimmungsrecht.

771) ZB wenn ein besonderes Berufsrisiko übernommen wurde; für den Seemann in § 32 der SeemannsO: "bei Seegefahr ... hat der Schiffsmann alle befohlene Hilfe unweigerlich zu leisten; (jetzt §§ 28 II, 29 II des SeemannsG v.26.7.1957).

772) CRAMER, S.2: jede Personenverbindung mit spezifisch ausgeprägtem Treuverhältnis; im Schweizerischen Recht: TROXLER, aaO.

773) ZÖLLNER, S.322; KNÖPFEL, S.57; BLOMEYER, S.49,77: auf die - Leitung des Unternehmens (OHG).

774) HUECK, Festschr.f.Hübner, S.72 ff(80); und OHG § 13 I 1 (S.140): grundsätzlich bestehe für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter die gleiche Treuepflicht (zu Unterlassungen); CRAMER, S.2; BLOMEYER, S.75; KNÖPFEL, S.121: bei der GmbH (wie bei sonstigen kapitalistischen Beteiligungen) sei nach der gesamten Organisation der Geschäftsführer berufen, die Interessen der GmbH zu fördern, während sich der Kapitalist auf die Hingabe des Kapitals beschränke; FEHRENSSEN, S.81: für Kommanditisten und Nicht-Geschäftsführer einer OHG nur ausnahmsweise positive Handlungspflichten; ebenso SCHÜTTE, S.70 f: der Nicht-Geschäftsführer müsse zwar auf Gefahren und Gewinn-

nen, da sie eine ausschließlich auf die Verfolgung dieses Zwecks gerichtete Tätigkeit ist⁷⁷⁵.

Daß durch die Aufgabenteilung die Pflichten der übrigen Beteiligten nicht aufgehoben sind, sondern - als "sekundäre"⁷⁷⁶ - nur ruhen, solange ein näher Verpflichteter vorhanden ist, zeigt sich etwa darin, daß auch von den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern in dringenden Fällen, wenn die Geschäftsführer verhindert sind, direktes Eingreifen verlangt wird, um drohenden Schaden von der OHG abzuwenden⁷⁷⁷.

c) Für jedes Rechtsverhältnis ist ein wesentlicher Unterschied darin zu erblicken, ob die Treuepflicht im Einzelfall den Zweck unmittelbar fördern oder ob - bei einer Gefahrenabwehr und Schadensbeseitigung - sichergestellt werden soll, daß der Zweck überhaupt noch verfolgt und erreicht werden kann⁷⁷⁸. Unabhängig von jeder Aufgabenteilung ist im letzten Fall auch der passiv Beteiligte zu positivem Tun verpflichtet⁷⁷⁸, es sei denn, sein Anteil am Ziel des Rechtsverhältnisses erschöpfe sich wie beim Aktionär in der Kapitalbeteiligung⁷⁷⁹.

möglichkeiten aufmerksam machen; die planmäßige Suche sei jedoch Sache der Geschäftsführer; ferner: LEHMANN, GesR S.153: kein Wettbewerbsverbot für Kommanditisten.

775) So zutreffend: ZÖLLNER, S.322; HUECK, Festschr.f.Hübner, S.72 ff(80) und OHG § 13 I 3 (S.141).

776) KNÖPFEL, S.119.

777) HUECK, OHG § 13 I 1 (S.140); BLOMEYER, S.50,76; im Schweizerischen Recht: GLOOR, S.13,41; BENZ, S.150.

778) So eindeutig im Schweizerischen Recht: BENZ, aaO; ferner GLOOR, S.41; TROXLER, S.93.

779) Im Schweizerischen Recht: TROXLER, S.20: nur Unterlassungen.

d) Exkurs: Es erscheint zunächst einleuchtend, die Treuepflichten in dem Maße zu verstärken, wie nahe ein Beteiligter dem Rechtsverhältnis steht und wie sehr er daher schaden kann⁷⁸⁰. Damit läßt sich unmittelbar jedoch nur die Forderung rechtfertigen, Schädigungen zu unterlassen⁷⁸¹. Für die positiven Treuepflichten wird diese Erwägung nur dann bedeutsam, wenn man die Schädigungsmöglichkeit als Spiegelbild der dem einzelnen eingeräumten Rechtsmacht zur Förderung des Vertragszweckes erkennt. Damit gehört sie wieder in die Untersuchung über die Aufgabenteilung und erhält dort den Wert eines Indizes für den Pflichtenumfang.

3. a) Auch die Vorhersehbarkeit des Umfangs der zu erbringenden Leistungen wird als Maßstab herangezogen, um die Grenzen der Treuepflicht zu bestimmen.

Für die Genossenschaft gehen BAYERL⁷⁸², GEIB⁷⁸³ und SCHMUTZER⁷⁸⁴ von dem Grundsatz aus, daß keine Treuepflicht bestehe, Sachleistungen zu erbringen, die nicht beim Erwerb der Mitgliedschaft vorhersehbar waren. Während jedoch BAYERL⁷⁸⁵ keine Ausnahmen kennt und nur die "nähere Ausgestaltung" der in Ausmaß und Inhalt festgelegten Pflichten offenläßt, will GEIB⁷⁸⁶ nicht genauer bezeichnete Ausnahmen zulassen. SCHMUTZER⁷⁸⁷

780) Vgl. LEHMANN, GesR S.153, für die Kommanditisten, die von den geschäftlichen Vorgängen nur eine unvollkommene Kenntnis erlangten; im Schweizerischen Recht: ZIEGLER, S.19, für die Genossenschaft.

781) So folgerichtig bei LEHMANN, aaO.

782) BAYERL, S.17.

783) GEIB, S.94.

784) SCHMUTZER, S.56.

785) BAYERL, S.18.

786) GEIB, aaO.

787) SCHMUTZER, aaO.

fordert aus der Treuepflicht (nur dann) "konkrete Sachleistungen", wenn sie "schlechthin notwendige Voraussetzung" für die Existenz der Genossenschaft sind.

KNÖPFEL⁷⁸⁸ geht für den gegenseitigen Vertrag im allgemeinen und die Gesellschaft im besonderen ebenfalls von dem Grundsatz aus, daß keine Verpflichtung zu Aufwendungen bestehe, die bei dem Vertragsschluß noch nicht vorhersehbar und daher bei der Abwägung der zu erwartenden Vorteile und der Bemessung der Gegenleistung nicht berücksichtigt werden konnten. Bei der gesellschaftlichen Treuepflicht hält er jedoch ein Sonderopfer für möglich, da es dem einzelnen Gesellschafter letztlich selbst wieder zugute komme, wenn er die Interessen der Gesellschaft fördere⁷⁸⁹. Außerdem seien auch die übrigen Gesellschafter ihrerseits zur Treue verpflichtet, was gleichfalls wieder allen Gesellschaftern zugute komme.

b) Die Kritik dieses Maßstabes hat dabei anzusetzen, ob die Vorhersehbarkeit überhaupt als tauglicher Maßstab anzusehen ist und danach zu prüfen, ob die Besonderheiten der Treuepflicht seine Anwendung zulassen.

Heute dürfte einhellige Meinung sein, daß die Vorhersehbarkeit nur objektiv im Sinne eines Vorsehens oder Vorsehen-müssens zu verstehen ist⁷⁹⁰, da von der subjektiv verstandenen Vorhersehbarkeit schon ROSENTHAL⁷⁹¹ zu Recht gesagt hat, sie leide als Begriff auf Grund der "Abstufungen der Menschen" an einer "geradezu phantastischen Verschwommenheit"⁷⁹².

Diese objektiv bestimmte Vorhersehbarkeit wird vor allem im Zusammenhang mit der Frage nach der Zumutbarkeit der Erfüllung

788) KNÖPFEL, S.21 f, 97.

789) KNÖPFEL, S.99; für die Genossenschaft: SCHMUTZER, S.56.

790) RGZ 93,17 f; RGZ 163,324 ff(334); BGHZ 1,170 ff(176); NIEDNER, S.59; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 465 mit weit.Nachw.; im Schweizerischen Recht: WEBER, H., S.54: niemand dürfe sich auf seine Unachtsamkeit berufen können.

791) ROSENTHAL, LZ 1923, Sp. 297 ff(298).

792) NIPPERDEY, Vertragstreue, S.26,41 Anm.43, spricht daher

und dem Fortfall der Geschäftsgrundlage erörtert⁷⁹³. Es soll sich der Schuldner bei nachträglich eintretenden Erschwerungen oder Hemmungen der Leistung nicht auf Unzumutbarkeit berufen können, wenn diese ihm bei Vertragsschluß vorhersehbar waren⁷⁹⁴. Entsprechendes gilt für die Lehre von der Geschäftsgrundlage: Die Vertragsschließenden müßten sogar unvorhergesehene, aber typische, adäquate Entwicklungen mit in Kauf nehmen⁷⁹⁵. Es liege bei ihnen, entsprechende Vorsorge zu treffen⁷⁹⁶. Schlossen sie dennoch ab, so hätten sie den Vertrag auch für den Fall der Änderung der Verhältnisse gewollt⁷⁹⁷.

c) Für die Treuepflicht führen die vorstehenden Überlegungen dazu, daß alle bei Vertragsschluß konkret vorhersehbaren Pflichten (ersatzlos) zu erfüllen sind⁷⁹⁸. Dies werden jedoch die wenigsten Fälle sein, da Anlaß positiver Treuepflichten typischerweise objektiv und subjektiv in ihren Einzelheiten

auch davon, daß das Mißverhältnis der Leistungen nicht "veranschlagbar" gewesen sein dürfe.

793) Vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 465 f mit Lit.Nachw. und Anm. E 4,264 ff.

794) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 465 f mit Lit.Nachw.: auch Fahrlässigkeit genüge; s.insbes. NIEDNER, S.58; und schon NIPPERDEY, Vertragstreue, S.26; § 11 Abs.4,5 des Gesetzesentwurfes des Ausschusses für Schuldrecht der Akademie für deutsches Recht, abgedruckt bei STOLL, Leistungsstörungen, S.132.

795) RGZ 106,7 ff(9); RGZ 107,218 ff(219); ENNECCERUS-LEHMANN, Lb § 41 III 2 (S.181); STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 267 f; abl.SOERGEL-SIEBERT, 9.Auflage, § 242 Anm.255: falls beide nichts erkannten.

796) RGZ 106,233 ff(236); vgl. BGHZ 1,170 ff(176).

797) SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.405: die Parteien müßten für die Gefahren eintreten, mit denen der Betroffene rechnen konnte und mußte.

798) Im Schweizerischen Recht: TROXLER, S.27, spricht bei erkennbaren Verpflichtungen von einem fehlenden Schutzbedürfnis der Genossenschaftler; - eine andere Frage ist, ob für den Fall, daß alle Parteien die Aufwendungen nicht vorhergesehen haben, eine Änderung der Geschäftsgrundlage anzunehmen ist: s.u. 9.Kap. II 3. b): vgl. WEBER, H., S.56 f; für den Werkvertrag in Art.373 II OR ausdrücklich geregelt.

nicht vorhersehbare Schwierigkeiten sind⁷⁹⁹. Hier vermag dieses Abstellen auf eine Vorhersehbarkeit nicht zu befriedigen⁸⁰⁰, da in den Rechtsverhältnissen, die nach ihrer Struktur Treue fordern⁸⁰¹, die Schwierigkeiten dem Grunde nach vorhersehbar sind und sie sich daher Verhältnissen mit spekulativem Charakter nähern, in denen eine Berufung auf die Veränderung der Umstände ausgeschlossen⁸⁰² oder nur erschwert möglich ist. Es wird sich regelmäßig um typische, adäquate Entwicklungen handeln, für die nach der Lehre von der Geschäftsgrundlage einzustehen wäre⁷⁹⁵. Ein bedeutsamer Unterschied zu den dortigen Fällen liegt jedoch darin, daß bei den Anlässen der Treuepflicht grundsätzlich keine entsprechende Vorsorge zu treffen ist⁸⁰³.

Im Ergebnis zeigt sich, daß die Lehre von der Vorhersehbarkeit als taugliches Abgrenzungsmerkmal für Inhalt und Umfang der Treuepflicht ausscheidet.

4. a) Nach heute fast einhelliger Meinung findet die Treuepflicht ihre Grenze an dem "berechtigten Eigeninteresse" des Pflichtigen⁸⁰⁴. Auch diese Leerformel wird erst durch eine

799) s.o. 6.Kap. IV 4), 5); SCHMUTZER, S.56; ESSER, Lb § 33.3 zu b): "namentlich bei unvorhergesehenen Komplikationen" Zusatzleistungen.

800) Ebensowenig wie bei der Lehre von der Geschäftsgrundlage - s.Anm. 795 -, wo sie durch die "Adäquanz" modifiziert wird.

801) s.o. 4.Kap. II, III, VIII.

802) Im Schweizerischen Recht: WEBER, H., S.58.

803) Vgl. für die Lehre von der Geschäftsgrundlage Anm.796.

804) BGHZ 34,80 ff(83): Rechte im eigenen persönlichen Interesse; OGHZ 4,66 ff(73); zust. BAUMBACH-DUDEN, § 109 Anm.5; HUECK, OHG § 13 I 3 (S.140 f): Grenze in der Wahrnehmung berechtigter eigener Interessen des Gesellschafters; ihm folgend: FISCHER, NJW 1954,777 ff(779 FN 16); SCHMUTZER, S.30; und BGHZ aaO; - LEHMANN, GesR S.80; SOERGEL-SCHULTZE-v.LASAUUX, § 705 Anm.69; STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Anm.162; SCHMIDT, Rdsch.f.GmbH 1960,137 ff(139); GEIB, S.84; BAYERL, S.23 f; KLINK, S.55; KLOPFER, S.77; HAUCK, S.65; im Schweizerischen Recht: FROMER, ZSR 1939,210 ff(217); TROXLER, S.73,20,75;

wertende Prüfung der mit ihr umfaßten Gesichtspunkte unter-
scheidungskräftig.

Es stößt schon auf Schwierigkeiten, den Begriff des Interesses zu bestimmen⁸⁰⁵. Er wird regelmäßig mehr intuitiv erfüllt als klar umschrieben⁸⁰⁶. Eine Auseinandersetzung mit diesem Begriff findet sich vor allem bei der Prüfung, ob eine Leistung noch zumutbar ist⁸⁰⁷, wobei nach Rechtsprechung und Lehre eine Interessenabwägung zu der der "vorhandenen Tatsachen" tritt⁸⁰⁸.

Für die vorliegende Arbeit soll das Interesse als vom Treuepflichtigen erstrebter oder verteidigter Wert definiert werden⁸⁰⁵.

Die Abwägung, die über die verschiedene Berechtigung der Interessen entscheiden soll, gilt als eine der schwierigsten Aufgaben⁸⁰⁹, da letztlich nur der Einzelfall in seiner besonderen Ausgestaltung maßgebend sein kann⁸¹⁰. Wenn sich daher auch keine allgemeingültigen Regeln aufstellen lassen, so

ZIEGLER, S.101,16; RAAFLAUB, S.23,94: keine Pflicht, das Leben zu riskieren.

805) HUBMANN, AcP 155,96: "Interesse" als "Streben nach Gütern und Werten und die Sorge um ihre Erhaltung"; WESTERMANN, Wesen und Grenzen, S.14: die Begehrensvorstellungen der Beteiligten, wenn sie eine ihnen günstigere Rechtslage anstreben; v.SCHENCK, S.12: objektiv: der begehrte Vorteil selbst; subjektiv: die Gefühlsbeziehung zum Wert, mit Nachw. der älteren Lit.

806) WELZEL, ZStW 58,491 ff(509); ähnlich: HUBMANN, AcP 155, 85 ff(94 f).

807) s.o. II 3).

808) BGHZ 16,105 ff(107); RGZ 100,129 ff (Vertragsabänderung bei Nichtzumutbarkeit); RGZ 101,79 ff(83); RGZ 172,20 ff (28); STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 162; und schon NIPPERDEY, Vertragstreue, S.43 Anm.51.

809) WACHINGER, JW 1932,3041 ff.

810) BGHZ 8,142 ff(145); HUBMANN, AcP 155,85 ff(103).

können doch Kriterien gefunden werden, die für die Abwägung regelmäßig bedeutsam sind. Im einzelnen werden genannt:

- (1) vorab die Wertung des Gesetzes⁸¹¹ und erst subsidiär die eigene⁸¹² (des Richters);
- (2) eine Minderwertung der Interessen dessen, der den Interessenkonflikt schuldhaft herbeigeführt hat⁸¹³; aus dessen Macht- und Einflußbereich das störende Ereignis stammt⁸¹⁴; der sein Interesse einer Gefahr ausgesetzt hat⁸¹⁵.

Gerade die letzteren Gesichtspunkte werden häufig bei der Treuepflicht zu erwägen sein⁸¹⁶.

b) Im besonderen Bezug zu ihr ist folgendes festzustellen: Wertungsprobleme ergeben sich solange nicht, wie man jeden Interessengegensatz der Beteiligten - z.B. des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers - verneint⁸¹⁷, oder wenn man sagt, durch die Förderung des Gesellschaftsinteresses fördere der einzelne Gesellschafter zugleich seine eigenen Interessen⁸¹⁸.

Erst wenn man richtigerweise erkennt, daß die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer regelmäßig einander entgegengesetzt sind⁸¹⁹ - insbesondere bei der Frage des Entgelts und

811) HECK, AcP 142,297 ff(308); WACHINGER, aaO, S.3043.

812) HECK, aaO, HUBMANN, aaO, S.102 f.

813) HUBMANN, aaO, S.117: wie sich aus der Regelung der Notwehr ergebe.

814) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 163; v.SCHENCK, S.380.

815) HUBMANN, aaO, S.119 f.

816) s.u. 9.Kap. IV 4) für den Aufwendungsersatz.

817) Für die Gesellschaft: HAUCK, S.34, da die Gesellschafter sich zur Gewinnerzielung zusammengetan hätten.

818) KNÖPFEL, S.99; BRÜGGEMANN, S.51; im Schweizerischen Recht BENZ, S.14 f: allenfalls als Regel.

819) SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.68: aus der Ungleichheit der Funktionen; SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, 9.Auflage, § 611 Anm.12: der AN wolle Lohn, der AG Gewinn erzielen; HAUCK, S.39: beide wollten "aneinander" verdienen.

der Dauer der Arbeitszeit - und daß auch in der Personalgesellschaft widerstrebende Interessen der Gesellschafter und der Gesellschaft vorhanden sind⁸²⁰, stellt sich die Frage, welches Interesse in welchen Grenzen vorrangig ist.

In der Vergangenheit ist hierzu unter Führung des Reichsgerichts⁸²¹ die Meinung vertreten worden, der Treuepflichtige habe seine Interessen denen des anderen Partners (Arbeitgebers, Gesellschaft) völlig unterzuordnen. Diese Ansicht wird heute nur noch vereinzelt vertreten⁸²². Sie ist differenzierender Betrachtung gewichen, die soweit ersichtlich, zuerst von HUECK⁸²³ gefordert wurde und die heute dem berechtigten Interesse des Treuepflichtigen Vorrang einräumt. Die Erwägungen

-
- 820) BALLERSTEDT, JuS 1963, 253 ff(254): Einzelinteresse und Gesellschaftszweck seien oft verschieden; KNÖPFEL, S.29, warnt, das Gesellschaftsverhältnis zu "versittlichen"; die Gesellschafter wollten keine moralischen Heldentaten vorbringen, sondern als Kaufleute verdienen; BLOMEYER, S.45: es beständen wirtschaftliche und außerwirtschaftliche Verbindungen außerhalb der Gesellschaft; im Schweizerischen Recht: BENZ, S.13 f: eine Tatsache des täglichen Lebens.
- 821) RG LZ 1912, 545 und Recht 1912, Nr.1602: der BGB-Gesellschafter habe die Gesellschaftsinteressen unter Hintansetzung seiner eigenen und der Interessen Dritter zu fördern; RGZ 146, 71 ff(76) und 385 ff(395): der Aktionär habe die Treuepflicht zur Gemeinschaft zur obersten Richtschnur seines Handelns zu machen; LOSCHKE, DAR 1938, 249 ff(250): dem Volk, nicht sich selbst dienen Wirtschaft und Arbeitsleben; anscheinend auch noch HUECK, Arbeitsvertragsrecht, 1922, § 10 II 1 (S.104): der AN habe das Interesse des AG in jeder Weise wahrzunehmen.
- 822) HAUCK, S.34, für die Gesellschaft; GEIB, S.9: der Genosse habe seine Interessen unterzuordnen und, falls nötig, aufzugeben; im Schweizerischen Recht: unklar: BENZ, S.31: "grundsätzliche" Unterordnung des Privatinteresses unter das gemeinsame Interesse.
- 823) HUECK, Festschr.f.d.RG, IV S.167 ff(174 Anm.15) gegen RGZ 107, 204.

HUECKs⁸²⁴ gelten verallgemeinert für jedes Rechtsverhältnis⁸²⁵, da jeweils bestimmte persönliche Interessen durchgesetzt werden sollen, die eine Uneigennützigkeit als Ausnahme erscheinen lassen.

c) Um dieses vorrangige, berechnigte Interesse bestimmen zu können, unterscheidet HUECK⁸²⁶ und ihm folgend die heute herrschende Meinung⁸²⁷ bei der Gesellschaft sog. fremdnützige Rechte, die dem einzelnen Gesellschafter (nur) im Interesse der Gesellschaft gegeben sind⁸²⁸, und sog. eigennützige Rechte, die dem Gesellschafter im persönlichen Interesse zustehen⁸²⁹. Nur bei der Ausübung der fremdnützigen Rechte soll der

824) HUECK, Festschr.f.Hübner, S.72 ff(79); ihm folgend: SCHMUTZER, S.31: das Gesellschaftsinteresse könne nicht notwendig den Vorrang vor dem Einzelinteresse beanspruchen, da die Gesellschafter mit der OHG ihre privaten Interessen verfolgten, die sie an sich auch als Einzelpersonen verfolgen könnten; nur weil der angestrebte Erfolg, oder die Risikobereitschaft die Kraft des einzelnen übersteigt, hätten sie sich zusammengeschlossen, um aus Zweckmäßigkeitsgründen diese Interessen gemeinsam zu fördern.

825) Abgesehen vielleicht von der Ehe.

826) HUECK, aaO.

827) BGHZ 14,25 ff(38); BGHZ 34,80 ff(83); OGHZ 4,66 ff(73); ZÖLLNER, S.322,345; SCHMIDT, Rdsch.f.GmbH 1960,137 ff(139); FISCHER, NJW 1954,777 ff(779); KNÖPFEL, S.18 f; BLOMEYER, S.46; SCHMUTZER, S.31.

828) HUECK, aaO, S.81: "Pflichtrechte"; im Schweizerischen Recht: ZIEGLER, S.102: Geschäftsführung, Verwaltung, Organisation der Genossenschaft.

829) HUECK, aaO: Widerspruchsrecht (§ 115 I HGB), Auflösungsrecht (§ 133 HGB); vgl. ders., OHG § 13 I 3 (S.141): zB. das Recht auf den Gewinnanteil, zur Kündigung; und insbesondere die Rechte außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses; ihm folgend: BGHZ 14,25 ff(38): bei Stimmrechtsausübung und Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses in der GmbH, in der Aktiengesellschaft seien die eigenen Interessen nicht hinter die der Gesellschaft zurückzustellen; SCHMIDT, Rdsch.f.GmbH 1960,137 ff(139 f): das Gewinnbezugsrecht des GmbH-Gesellschafters als Recht im eigenen Interesse; FISCH, NJW 1954,777 ff(779): zB das Informationsrecht nach § 118 HGB; im Schweizerischen Recht: ZIEGLER, S.102: bei Beschlüssen über die Grundlage der Genossenschaftsverfassung.

einzelne grundsätzlich gehindert sein, sein persönliches Interesse zu verfolgen⁸³⁰.

Die sonst noch anzutreffende Unterscheidung zwischen eigenen und gemeinsamen Interessen⁸³¹; zwischen außerbetrieblichen und betrieblichen; persönlichen und Gesellschaftsinteressen⁸³² dient ebenfalls der Interessenabwägung. Zugleich zeigt sie eine weitgehende Übereinstimmung mit den vorstehenden Untersuchungen zum "Vertragszweck"⁸³³, die die Treuepflicht auf ein durch den Zweck des Rechtsverhältnisses gefordertes Verhalten beschränken. Auch die Aufgabenverteilung des Rechtsverhältnisses⁸³⁴ wird hier wieder bedeutsam, wenn von dem Grundsatz, daß das Eigeninteresse vorgeht, Ausnahmen anerkannt werden für Treuepflichtige, die auf Grund ihrer besonderen Stellung (als Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied⁸³⁵, als Geschäftsführer⁸³⁶) verpflichtet sind, bei den kraft dieser Stellung vorgenommenen Handlungen nur die Interessen der Gesellschaft zu berücksichtigen⁸³⁷.

-
- 830) HUECK, Festschr.f.Hübner, S.72 ff(82) und OHG § 13 I 3 (S.141); ihm folgend: FISCHER, aaO; BLOMEYER, S.48; SCHMUTZER, S.31 ff; - ZÖLLNER, S.345; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.7: für "gemeinschaftsrechtliche Hauptpflichten"; KNÖPFEL, S.18 f; - auch bei den Eigeninteressen soll er allerdings auf das Gesellschaftsinteresse und die berechtigten Interessen der Mitgesellschafter billige Rücksicht nehmen: BGH, NJW 1969,505 ff(506); HUECK, aaO; ZÖLLNER, aaO; FISCHER, aaO; BLOMEYER, aaO; SCHMUTZER, aaO.
- 831) STECHER, RdA 1961,261 f: Eigeninteressen - gemeinsame Interessen.
- 832) Keine Fürsorge für die Interessen der Mitgesellschafter: BGHZ 30,201; BGHZ 34,83; OGHZ 4,66 ff(73); SOERGEL-SIEBERT-SCHULTZE-v.LASAU LX, § 705 Anm.68; KNÖPFEL, S.40.
- 833) s.o. III 1) und 4.Kap. VIII 1.a-c).
- 834) s.o. III 2).
- 835) HUECK, Festschr.f.Hübner, S.72 ff(80); ihm folgend: SCHMUTZER, S.22,108,113.
- 836) HUECK, OHG § 13 I 3 (S.141): auch hier nicht bei Rechten in eigenem Interesse (Gewinn, Kündigung etc.).
- 837) SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.6: allg.für Rechtsverhältnisse, die auf fremdnützige Betätigung gerichtet sind (Geschäftsbesorgung, bes.Treuhand); SCHMUTZER, S.22,31,108,113.

d) Im Ergebnis zeigt sich damit, daß die Abgrenzung des "berechtigten Interesses" ebenso wie die Untersuchungen zu Vertragszweck und Aufgabenteilung ("Zwecknähe") eine genaue Prüfung des Einzelfalles dahin verlangt, wieweit der Pflichtige im konkreten Rechtsverhältnis gebunden ist und bei welcher Tätigkeit Forderungen an ihn gestellt werden.

5. a) Soweit die Erfüllung der Treuepflicht zu Aufwendungen führt, wird teilweise die Ansicht vertreten, sie finde ihre Grenze dort, wo diese Aufwendungen außer Verhältnis ständen entweder zu dem Gewinn, den der Treuepflichtige aus dem betreffenden Rechtsverhältnis ziehe⁸³⁸ bzw. erwarten dürfe oder außer Verhältnis zu dem Vorteil, den der Treuegläubiger aus ihnen ziehe⁸³⁹.

Vor allem RAAFLAUB läßt in der Schweiz beim Dienstvertrag, da er ein zweiseitiger schuldrechtlicher Austauschvertrag sei⁸⁴⁰, die Leistungen des Arbeitgebers für die Treuepflicht des einzelnen Arbeitnehmers maßgebend sein⁸⁴¹. Dabei hält er eine genaue in alle Einzelheiten gehende Abwägung der gegenseitigen Vorteile aus dem Verhältnis für erforderlich⁸⁴². Bei sehr

838) KNÖPFEL, S.22: allg.: der Aufwand müsse zum Wert der Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis stehen, soweit er nicht vorhersehbar war, S.97; grundsätzlich auch für die Gesellschaft: S.100,118; im Schweizerischen Recht: BENZ, S.61: die Belastung des Treuepflichtigen dürfe im Verhältnis zum Nutzen der Gesellschaft nicht zu weitgehend sein.

839) KNÖPFEL, S.22: allg.: der Aufwand müsse im Verhältnis zum Vorteil, den der Vertragspartner erziele, unverhältnismäßig (gering) sein, (zB Mitteilungs- und Auskunftspflichten); grundsätzl. auch für die Gesellschaft, S.119.

840) RAAFLAUB, S.1,21 f: deshalb sei die Treuepflicht "relativ" im Bezug auf die Leistungen des AG.

841) RAAFLAUB, S.21 f, 32.

842) RAAFLAUB, S.22: von Lohn und Arbeitsaufwand über Ausbildungsmöglichkeiten, Erstattung von Umzugskosten, Freizeitgewährung, Fürsorge bei Krankheit, Altersvorsorge zu Anstellungsdauer und Kündigungsfrist.

guten Leistungen des Arbeitgebers soll der Arbeitnehmer sogar zu Mehrarbeit ohne Entgelt verpflichtet sein⁸⁴³.

Eine Ausnahme von diesem Proportionalitätserfordernis will KNÖPFEL⁸⁴⁴ nur zulassen, wenn die übrigen Gesellschafter aus einem besonderen Grunde auf die Vornahme der betreffenden, mit überproportionalem Aufwand verbundenen Handlung eines Mitgesellschafters hätten "vertrauen dürfen"⁸⁴⁵.

b) Auch soweit ESSER bei unvorhergesehenen Komplikationen die Art des Objekts⁸⁴⁶ und das Verhältnis von Aufwand und Objekt⁸⁴⁷ dafür maßgebend sein lassen will, ob und zu welchen Zusatzleistungen der Schuldner kraft seiner Treuepflicht verpflichtet ist, handelt es sich um die anders formulierte Frage nach Vor- und Nachteil aus dem Verhältnis.

c) Nur um eine andere Formulierung des Problems der Vorteilsabwägung handelt es sich auch, wenn gefordert wird, die Treuepflicht dürfe die Proportionalität von Leistung und Gegenleistung nicht verschieben⁸⁴⁸ oder es seien in diesem Falle die zusätzlichen Aufwendungen zu ersetzen⁸⁴⁹.

843) RAAFLAUB, S.32.

844) KNÖPFEL, S.118.

845) Bei allen Bedenken gegen ein solches "Vertrauen-Dürfen" (s.o. 4.Kap. VII) wird in solchen Fällen regelmäßig zugleich eine vertragliche Absprache (evtl.stillschweigend) über das Entgelt vorliegen; oder es sind die Aufwendungen - wie noch im 9.Kap. zu erörtern sein wird - aus sonstigem Rechtsgrund zu ersetzen.

846) ESSER, Lb § 147.7: für die Verwahrung.

847) Allgemein für die Treuepflicht: ESSER, Lb § 33.3.

848) SCHULZE, S.25; KNÖPFEL, S.21 f: bei gegenseitigen Verträgen Aufwendungen nur, soweit durch die Gegenleistung abgegolten, S.97.

849) SCHULZE, aaO (Gedanke des § 354 HGB); KNÖPFEL, S.99: falls einem Gesellschafter ein die anderen Gesellschafter nicht treffendes besonderes und erhebliches Opfer abverlangt werde.

d) Das Abstellen auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung⁸⁵⁰ und auf die Parteivorteile⁸⁵¹ ist aus den Erörterungen zur Frage der Unzumutbarkeit seit langem bekannt⁸⁵². Heute darf als anerkannt gelten, daß unter unzumutbarer Verschiebung des Verhältnisses nur die außergewöhnliche, "krasse" Veränderung des von den Parteien ausgehandelten und von ihnen gewollten Leistungsverhältnisses zu verstehen ist⁸⁵³, nicht jedoch die eines möglicherweise nie vorhandenen wirtschaftlich vernünftigen, objektiv bestimmten Verhältnisses⁸⁵⁴.

Ebenso dürfte inzwischen feststehen, daß ziffernmäßige oder sonstige feste Maßstäbe für die Nichtzumutbarkeit bei außergewöhnlichen Aufwendungen nicht zu gewinnen⁸⁵⁵ sind, da sie alle übrigen Wertungsgesichtspunkte - wie Art des Rechtsverhältnisses und der Stellung des Pflichtigen in ihm - außer acht ließen.

850) Unter Berücksichtigung übermäßiger Aufwendungen: STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 188 f.

851) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 514, bei der Ausübung eines formalen Rechts.

852) Vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 175 ff(182), 243, 311 ff mit weit. Nachw.; bereits NIPPERDEY, Vertragstreue, S. 39 Anm. 33, bei dem sich "das Prinzip der Proportionalität gegenseitiger Leistungsinhalte" weitgehend mit der "inneren Vertragstreue" deckt; vgl. ESSER, Lb § 32.6: Bergsteiger-Fall: Wert des aufzugehenden und des zu rettenden Gepäcks; jetzt allgemein: KÜCHENHOFF, RdA 1963, 7 ff (10): das Vertragsrecht wie das menschliche Leben baue auf dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung auf.

853) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 178 ff(182) und Anm. A 514; wobei SCHULZE, S. 29 unter "Gegenleistung" auch die Nebenleistungen erfaßt.

854) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 220; B 182; A 514, mit Hinweis auf § 138 II BGB, wonach zum Mißverhältnis der Leistungen noch "Verwerfliches" hinzukommen müsse; dagegen: HUBMANN, S. 38: Grundlage des gegenseitigen Vertrages sei das Vertrauen, vom anderen eine gleichwertige Gegenleistung zu erhalten.

855) Siehe die fehlgeschlagenen Versuche der Rechtsprechung: RGZ 147, 286 ff(291): 13 % Vertéuerung der eigenen Leistung seit Vertragsschluß nicht unerheblich; RG SA 94, 9 ff (11): 5 % nicht ohne weiteres erheblich; OLG Rostock OLGE 31, 180 f: 70 % noch nicht hinreichend; KG JW 1915, 1271 f: 25 %.

Ein umfassender Verweis auf die übrigen Erkenntnisse der Lehre von der Zumutbarkeit⁸⁵⁶ setzt jedoch voraus, daß die Treuepflicht nicht auch hier Besonderheiten zeigt, die zu berücksichtigen sind.

Zweifel an der Sachgerechtigkeit des Wertungsfaktors "Leistungsverhältnis" können aus den Ausführungen LANTZKES und ESSERS entstehen. Nach LANTZKE⁸⁵⁷ tritt hinter dem Verbandszweck (Beim Bezugs- und Absatzzwang) der Gedanke des Entgelts zurück. Die Leistungen ständen sich nicht im wirtschaftlichen und rechtlichen Austauschverhältnis gegenüber⁸⁵⁸. Nach ESSER⁸⁵⁹ führt das Tätigwerden im fremden Interesse (aus gesetzlichem, gesellschaftsrechtlichem oder rechtsgeschäftlichem Grunde) zu einem Abweichen von den Leistungsbegriffen des gegenseitigen Vertrages. Der Schuldner habe keine quantitativ und qualitativ bestimmten Gegenwerte im Austausch für seine Bezahlung zu erbringen, sondern allein im Sinne des "Geschäftsherrn" tätig zu werden. Trotz dieses Unterschieds zu den gewöhnlichen Schuldverhältnissen behalten die hier interessierenden Vorteile des Treuepflichtigen aus dem Verhältnis ihre Bedeutung. Die Frage der Zumutbarkeit stellt sich auch, wenn nach ESSER⁸⁶⁰ Vergütung des Schuldners (Treunehmers) nicht Gegenleistung für eine sachlich festgelegte Arbeitsleistung, sondern Honorar für fremdnützige Bemühungen sein soll und wenn sich für LANTZKE⁸⁶¹

856) s.o. 8.Kap. II 3).

857) LANTZKE, S.52.

858) LANTZKE, S.57.

859) ESSER, Lb § 21.1.2.

860) ESSER, Lb § 21.2.

861) LANTZKE, S.52,57.

die Gegenleistung "lediglich als Ausgleich" für vom Mitglied erbrachte Leistungen darstellt.

Soweit der Grundsatz der Proportionalität dadurch eingeschränkt werden soll, daß auch eine Treuepflicht des anderen Teils bestehe⁸⁶², wird später auf dieses Argument noch einzugehen sein⁸⁶³.

e) Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Treuepflicht das Rechtsverhältnis nicht zum Verlustgeschäft des Schuldners wandeln darf⁸⁶⁴. Die Abwägung von Vor- und Nachteilen des Treuepflichtigen aus einem Rechtsverhältnis stellt nur einen Teil der umfassenden Wertung des Einzelfalles dar, die unter den Oberbegriffen "Zumutbarkeitsprüfung" und "Zwecknähe" in den vorstehenden Abschnitten abgehandelt wurde. Die Vorteilsabwägung kann dabei einen Hinweis für die Grenzziehung abgeben.

6. Wie zur Begründung der Treuepflicht⁸⁶⁵ werden enge persönliche Beziehungen⁸⁶⁶ und gegenseitiges Vertrauen⁸⁶⁷ auch als

862) SCHULZE, S.25 (der die Gegenseitigkeit allgemein als zu berücksichtigenden Faktor angibt); ebenso KNÖPFEL, S.99 (mittelbare Selbstbegünstigung bei der Gesellschaft).

863) s.u. 9.Kap. I 2).

864) KNÖPFEL, S.22,99, mit Einschränkungen für die Gesellschaft: aus der Gegenseitigkeit der Pflichten und dem mittelbaren Eigennutzen.

865) s.o. 4.Kap. V, VL.

866) EICHLER, S.39; FECHNER, S.25 (neben der Dauer); ESSER, Lb § 33.2; KÖPCKE, S.67,102; im Arbeitsverhältnis: HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 37 I (S.242) (gegenseitiges Vertrauen) und ders., § 48 I 1 (S.391) (enge persönliche Beziehungen); LARENZ, Lb II, § 48 II c (S.208) (aus Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses); NIKISCH, DAR 1938, 182 ff (S.183 f); HAUCK, S.39 (aus Vertrauensstellung und Dauer der Arbeitsgemeinschaft); im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.9 (Vertrauensbeziehung); in der Gesellschaft: BGHZ 14,25 ff(38): engere Beziehungen der Gesellschafter einer GmbH untereinander und zur Gesellschaft als bei der Aktiengesellschaft; KNÖPFEL, S.55 (Vertrauenslage); SCHMUTZER, S.18,77 (Anlehnung an FECHNER, S.25); WÖLBING, S.57 (gegenseitiges Vertrauen); im Schweizerischen Recht:

Maßstab für ihren Inhalt und Umfang herangezogen.

Hier, wo es um die Bestimmung der einzelnen Treuepflicht geht, bestehen verstärkt die bereits⁸⁶⁸ erörterten Bedenken gegen den Gebrauch dieser komplexen Allgemeinbegriffe: Geht man nicht auf die Umstände zurück, die persönliche Bindung und Vertrauen erzeugt haben, so bleibt dieser Maßstab willkürlich und die Verpflichtung aus der Treuepflicht allumfassend und unberechenbar.

7. Wenn oben⁸⁶⁹ festgestellt wurde, daß wegen der besonderen Dauer (und der damit verbundenen Ungewißheit zukünftiger Entwicklungen und Erfordernisse zur Vertragsdurchführung) ein gesteigerter Anlaß für Treuepflichten bestehen könne, so fragt es sich, ob die Dauer der vertraglichen Beziehungen auch für Inhalt und Umfang der Treuepflicht Bedeutung hat⁸⁷⁰.

RAAFLAUB, S.15; GLOOR, S.7,96 (Nicht geschäftsführer); ZIEGLER, S.23 (Aktiengesellschaft: Festigkeit des mitgliedschaftlichen Bandes); S.51 (Genossenschaft: Intensität der Bindung).

867) Auch hier insbesondere HUBMANN, S.33,37,47,21; ferner: LARENZ, Lb II, § 48 II c (S.211) und § 52 II (S.257); EICHLER, S.39; SCHMUTZER, S.108,110 (für Aufsichtsrat und Vorstand: Machtstellung und Vertrauen); SOERGEL-SIEBERT, 9.Auflage, § 242 Anm.84; SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, § 611 Anm. 73: besondere Vertrauensposition; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 232,234; STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Anm.162; KNÖPFEL, S.55,100,118; CRAMER, S. 1 ff; KLINK, S.42 (Dauer); im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.15.

868) s.o. 4.Kap. VII 4).

869) s.o. 4.Kap. IX.

870) LARENZ, Lb II, § 48 II c (S.211): die Treuepflicht des AN bestimme sich nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und dem Grade des geschenkten Vertrauens; ESSER, Lb § 33.3: weitester Pflichtenumfang bei Dauerschuldverhältnissen; KÖPCKE, S.102 (nach der Dauer der Beziehung); FECHNER, S.25: die Dauer des Rechtsverhältnisses beeinflusse die Wirkung der Treuepflicht; WIEDEMANN, S.63: die Anforderungen wüchsen mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit; SOERGEL-SIEBERT, 9.Auflage, § 242 Anm.84: für Dauerschuldverhältnisse und ständige Geschäftsverbindung, (da sie erhöhtes gegenseitiges Vertrauen voraussetzten); SCHMUTZER, S.20 f: Umfang der genossenschaftlichen Treue-

Soweit von SIEBERT und LARENZ⁸⁷⁰ die Dauer der Rechtsbeziehung als Entstehungsgrund für ein gesteigertes (gegenseitiges) Vertrauen und stärkere persönliche Beziehungen angeführt wird, die Maß und Art der Treuepflicht beeinflussen sollen, so ist zu diesen Kriterien schon oben Stellung genommen⁸⁷¹. Im übrigen ist jedoch nicht ersichtlich, wieso die Dauer für sich genommen zu einer Pflicht mit besonderen Anstrengungen und Aufwendungen führen soll. Es erscheint noch nicht einmal angängig, in der Dauer einer Beziehung einen Hinweis auf eine mit ihr eingegangene besondere Bindung und einen umfassenderen Pflichtenkreis zu sehen: Von der offenen Handelsgesellschaft bis zum Dauerbezug von Energie finden sich jederlei Abstufungen.

Die Dauer ist daher bei einer Bestimmung der Treuepflichten nicht unterscheidungskräftig.

IV. Zusammenfassung des 8. Kapitels

Die Grenzen der Treuepflicht, - vor allem der Pflicht, Sonderleistungen zu erbringen -, lassen sich nur durch eine umfassende Wertung des Einzelfalles bestimmen.

Dabei ist wichtigste und äußerste Grenze die Förderlichkeit einer geforderten Maßnahme für den Vertragszweck. Wie weit dieser Zweck zu fördern ist, ergibt sich aus der Stärke der Verpflichtung, die der Treuepflichtige eingegangen ist, seiner Bindung an ihn ("Zwecknähe"). Hierfür sind Indizien: die Art des Rechtsverhältnisses und die Stellung des Pflichtigen in ihm ("Aufgabenteilung").

pflichten u.a. aus der Dauer des Zusammenschlusses und der Dauer der Zugehörigkeit des einzelnen Genossen zur Gemeinschaft; KLINK, S.42: Umfang nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses; CRAMER, S.45, für die Gesellschaft; im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.22; Bedeutsamkeit der Anstellungsdauer für die Treuepflicht des AN.

871) s.o. 6).

Alle Verpflichtungen finden ihre (immanente) Grenze in der Nichtzumutbarkeit. Für sie gelten die Erörterungen zu den allgemeinen Schuldverhältnissen.

9.Kapitel: Der Ersatz von Aufwendungen aus der Erfüllung von Treuepflichten

I. Die Ausgangsfragen

Die Frage nach der Erstattung von Aufwendungen⁸⁷², die der Treuepflichtige erbracht hat, gehört in der Praxis zu den bedeutsamsten, da sie unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten berührt. Zugleich entscheidet sie unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit (Vorteilsabwägung⁸⁷³) über Inhalt und Umfang des Pflichtenkreises, da hier maßgeblich ins Gewicht fallen muß, ob nur Aufwendungen geschuldet werden, die durch die (vertragliche) Gegenleistung abgegolten sind oder ob darüber hinausgehende dem Treuepflichtigen gesondert zu ersetzen sind.

1. a) Soweit zur Frage, ob Aufwendungen aus der Erfüllung von Treuepflichten überhaupt erstattbar sind, Stellung genommen wird, wird sie bejaht⁸⁷⁴. Die Vergütung von Mehrarbeit und Überstunden als konkreten Treuepflichten im Arbeitsverhältnis gilt als selbstverständlich⁸⁷⁵. Äußerungen, die den Ersatz von

872) Im in der Einleitung (s.o. 1.Kap. II 3)) genannten umfassenden Sinn.

873) s.o. 8.Kap. III 5).

874) HEINS, NJW 1965,345: im Interesse der Gerechtigkeit Ersatz der Aufwendungen, einer außergewöhnlichen, umfangreichen Tätigkeit des Gesellschafters; ebenso: KNÖPFEL, S.99; S.48: es dürfe von keinem Gesellschafter entschädigungslos ein erhebliches Sonderopfer verlangt werden; im Schweizerischen Recht: TROXLER, S.73: Entschädigung der Überlassung von Sachen an die Genossenschaft; BENZ, S.61: Befreiung von einer zu Gunsten der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeit; ZIEGLER, S.107: Entschädigung für die Verwaltung der Genossenschaft.

875) SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, § 611 Anm.93,95: Zuschläge für Überstunden gesetzlich nicht vorgeschrieben: Vereinbarungen, Üblichkeit etc. entscheidend; KILIAN, S.131; KLINK, S.45;

vertraglich nicht geregelten "Sonderleistungen" und "Aufwendungen" in verschiedenen Rechtsverhältnissen fordern⁸⁷⁶, bejahen die Erstattbarkeit mittelbar, da sie die Aufwendungen bei der Erfüllung einer Treuepflicht auch nach ihrem Sinn nicht ausnehmen.

b) Von der Frage nach der grundsätzlichen Erstattungsfähigkeit von Aufwendungen aus der Treuepflicht ist scharf zu trennen das besondere und heute wieder häufiger⁸⁷⁷ erörterte Problem, ob ein Zeitverlust - eine Freizeiteinbuße - zu ersetzen ist, weil sie als "Aufwendung" im Sinne bestimmter Vorschriften (z.B. § 110 HGB)⁸⁷⁸ oder als Vermögensschaden zu betrachten ist.

Diese Frage wird angeschnitten, wenn in der Rechtsprechung für

HAUCK, S.47: selbstverständlich seien Überstunden tarifgemäß zu bezahlen; im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.3,33.

876) SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm.73: für Sonderleistungen könne der Handlungsgehilfe gemäß § 612 BGB und § 59 HGB Vergütung verlangen; solche Sonderleistungen seien Dienste, die der Handlungsgehilfe über die ihm durch den Anstellungsvertrag auferlegten Verpflichtungen erbringe, zB zusätzliche Buchungsarbeiten des Reisenden in den Geschäftsräumen, die im Anstellungsvertrag nicht vorgesehen seien; s.ferner: Anm.66: Ersatz der Aufwendungen des Handlungsgehilfen aus der Ausführung seiner Obliegenheiten; ENNECCERUS-LEHMANN, Lb § 164 I (S.693): Aufwendungsersatz im Arbeitsverhältnis; und: KÜCHENHOFF, RdA 1963,7 ff(10); - HUECK, OHG § 15 II 1 (S.155) und ihm folgend: SCHLEGELBERGER-GESZLER, § 110 Anm.4: Bemühungen und Dienstleistungen eines Gesellschafters in Gesellschaftsangelegenheiten seien als Aufwendungen zu ersetzen, wenn sie im allgemeinen nicht ohne Vergütung gemacht würden; ferner: STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 510,542; im Schweizerischen Recht: ZUMBÜHL, S.61: die Genossenschaft habe Leistungen zu ersetzen.

877) s.Anm. 690.

878) Zur Frage der Tätigkeitsvergütung des Gesellschafters: GANSZMÜLLER, S.1,(29,31); Leistung von Diensten als Aufwendung i.S. von § 110 HGB: SAMMECK, S.23.

die Personalgesellschaft davon ausgegangen wird, daß ein Gesellschafter bei Ausfall eines Geschäftsführers dessen Arbeit ohne Sonderentgelt mit übernehmen müsse⁸⁷⁹. Eine Ausnahme soll nur bei einer ganz außergewöhnlichen Belastung anzunehmen sein⁸⁸⁰. Die Begründung stellt darauf ab⁸⁸⁰, daß nach ständiger Rechtsprechung der vertragliche Geschäftsführer ebenfalls keine Vergütung für seine Tätigkeit fordern kann⁸⁸¹, soweit sie nicht vertraglich (evtl. stillschweigend)⁸⁸² zugesagt ist.

Unabhängig von der Frage nach der Rechtsgrundlage eines Ersatzes werden mit dieser Gleichsetzung jedoch für die Treuepflicht entscheidende Abweichungen der beiden Fälle voneinander verkannt: Es mag gerechtfertigt sein, daß der vertragliche Geschäftsführer entschädigungslos ausgeht, weil er es versäumt hat, sich eine Vergütung für die ihm zugeteilte Tätigkeit auszubedingen. Hier trifft die Erwägung zu, daß in vertraglich oder gesetzlich geregelten Fällen es nicht Aufgabe des Richters sein kann, in ein Rechtsverhältnis einzugreifen, nur

879) Für die Familiengesellschaft: BGHZ 17,299 ff(301 f); best. in FamRZ 1965,40 f; zust.: SCHLEGELBERGER-GESZLER, § 110 Anm.4; für die BGB-Gesellschaft: OLG Düsseldorf NJW 1956,1802, zust. Anm. HEINS NJW 1957,345; bereits früher: MARCUS, KGBI. 1901,51 f; eingeschränkt: GANSZ-MÜLLER, S.31: Tätigkeitsvergütung bei nicht nur vereinzelter Tätigkeit eines Notgeschäftsführers, des Erben eines Gesellschafters.

880) BGHZ, aaO; OLG Düsseldorf aaO; HEINS, aaO; RGZ 170,392 ff(396).

881) HUECK, OHG § 15 II 1 (S.154); SCHLEGELBERGER-GESZLER, § 110 Anm. 4, § 114 An.24; BAUMBACH-DUDEN, § 110 Anm.1, 2,4; RGZ aaO; BGH BB 1951,654; abl. SAMMECK, S.27,30: Entschädigung aus § 110 HGB, falls die Geschäftsführungspflicht nicht "irgendwie" abgegolten sei; LINZ, S.11.

882) BGHZ 17,299 ff(301 f); und in BB 1951,654; OLG Düsseldorf, aaO; RGZ aaO.

weil er dies für billig hält⁸⁸³.

Eine andere Frage ist es jedoch, ob der Notgeschäftsführer, der nur auf Grund seiner Treuepflicht ausnahmsweise und unvorhersehbar - und damit nicht vorher regelbar - über seinen Aufgabenkreis hinaus tätig werden muß, nicht nach Treu und Glauben Ersatz verlangen kann oder sich mit dem Hinweis auf das Wesen der Gesellschaft, daß jeder für jeden arbeite⁸⁸⁴, zufrieden geben muß.

Die vom OLG Düsseldorf angeführten praktischen Schwierigkeiten, einen Ersatz zu berechnen, sind scharf von der Grundsatzfrage zu trennen, ob eine Forderung berechtigt wäre.

c) Im Rechtsleben werden fast ausnahmslos handfeste wirtschaftliche Interessen verfolgt, die sich selbst für die Personengesellschaften⁸⁸⁵ nicht durch den allgemeinen Hinweis auf Treu und Glauben hinwegdeuten lassen. Diese Interessenlage verkannte beispielhaft MARCUS⁸⁸⁶, der auch einem Nichtgeschäftsführer eine Tätigkeitsvergütung absprach, da dieser insoweit "nur als Gesellschafter" zu behandeln sei, der keine begründete Hoffnung habe, auf ein Äquivalent für sein Handeln zu rechnen.

Auch für die Treuepflicht gelten daher die Ausführungen KÜCHENHOFFS⁸⁸⁷: daß - abgesehen von Schenkungen, die im Arbeits- und Wirtschaftsleben nicht zu vermuten sind, - das Vertragsrecht

883) BGHZ 44,40 ff(42): gegen die Berufung auf die Treuepflicht bei der Tätigkeitsvergütung des Geschäftsführers; BGHZ 16, 50 ff(52): fordert für einen Versorgungsanspruch aus der Treuepflicht zumindest einen einer vertraglichen Zusage gleichkommenden Sachverhalt.

884) OLG Düsseldorf aaO; MARCUS, KGBI. 1901,51 f; HAUCK, S.34; SAMMECK, S.27; s.u. III 3).

885) Im Schweizerischen Recht: ZUMBÜHL, S.61: es sei den Genossenschaftlern unzumutbar, wesentliche Vermögensteile ohne Gegenleistung hinzugeben.

886) MARCUS, aaO.

887) KÜCHENHOFF, RdA 1963,7 ff(10).

auf dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung aufbaut⁸⁸⁸. Wo dies nicht der Fall ist, sondern etwas unentgeltlich geleistet wird, hat der Empfänger wenigstens die Aufwendungen zu ersetzen⁸⁸⁹. Entscheidend ist allein, daß mehr gewährt wird als im konkreten Rechtsverhältnis vorgesehen oder danach typisch zu erbringen oder aufzuopfern ist.

An der grundsätzlichen Erstattungsfähigkeit der Aufwendungen aus Treuepflicht können daher keine Bedenken bestehen.

2. Die Frage nach einer Erstattung stellt sich soweit nicht, wie anzunehmen ist, daß durch die Beiderseitigkeit von Verpflichtungen der Parteien eines Rechtsverhältnisses diese abgegolten und auch die Aufwendungen gegeneinander aufgehoben sind⁸⁹⁰. Solche Erwägungen liegen nicht fern bei der Erkenntnis, daß in einem Rechtsverhältnis gegenseitige Treuepflichten bestehen⁸⁹¹; wenn gesagt wird, die Fürsorge des Arbeitgebers - als dessen Treue - sei das Korrelat zur Treuepflicht des Arbeitnehmers⁸⁹² oder: die Lohnzahlung biete nicht den vollen Ausgleich für die Treuepflicht des Arbeitnehmers, sondern erst

888) Im Schweizerischen Recht: ZUMBÜHL, aaO: die Regel sei, daß der Leistung des Genossenschafters eine Gegenleistung der Körperschaft entspreche: Art.904 I OR: "angemessenes Entgelt für Gegenleistungen im körperschaftsrechtlichen Verhältnis".

889) KÜCHENHOFF, aaO, FN 29: Hilfsfälle bei Wassers- und Feuersnot.

890) ZB für die OHG: OLG Düsseldorf, aaO; HEINS in der zust. Anm. aaO.

891) Allg. SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.6: Treu und Glauben gelte für alle Beteiligten, nicht für oder gegen nur eine Seite; im Schweizerischen Recht: zB nur für die Gesellschaft: ZIEGLER, S.108: die genossenschaftliche Treuepflicht sei gegenseitig.

892) MAUS, Arbeitsvertrag, S.304; und Hdb V, S.5 ff, 60 ff; S.60 FN 146 Abs.1 a.E., und FN 158 letzter Satz; SIEBERT, RdA 1958, 366 ff(368); KLOPPER, S.81; KILIAN, S.20; KLINK, S.10; HAUCK, S.46; im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.22, 9.

die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers⁸⁹³; insbesondere aber, wenn einer Erhöhung der Fürsorgepflicht eine Erhöhung der Treuepflicht gegenüberstehen soll⁸⁹⁴.

Von einer solchen "Verrechnung" geht SCHULZE⁸⁹⁵ aus, der eine Vergütung nur gewähren will, wenn "trotz der ebenfalls bestehenden Treuepflicht des anderen Teils" das bei Vertragsschluß ausgehandelte Gleichgewicht in Frage gestellt sei.

Diesem Gedanken kann man nur soweit zustimmen, wie die Treuepflicht voraussehbar für alle Beteiligten zu gleichen Belastungen führt⁸⁹⁶. Dann ist die Frage der Vergütung endgültig schon mit Vertragsschluß geregelt⁸⁹⁷. Weiter zu gehen, bestehen durchgreifende Bedenken. Einmal stehen die sich aus dem Treueverhältnis ergebenden Pflichten nicht in einer Gegenseitigkeitsbeziehung von Leistung und Gegenleistung⁸⁹⁸ und sind regelmäßig zu verschiedenartig, um verrechenbar oder gar aufrechenbar im Sinne der §§ 387 ff BGB zu sein. Zum anderen entstehen Bedenken daraus, daß der konkrete Umfang des Aufwands nicht vorhersehbar ist, so daß der eine Teil zu Vorleistungen gezwungen wäre, die möglicherweise nie ausgeglichen würden.

893) MAUS, Hdb V, S.61; STECHER, RdA 1961,261 ff(263).

894) KLINK, S.42; im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.22,9: das entspreche dem Wesen des Dienstvertrages als Austauschvertrags.

895) SCHULZE, S.25: für die Erfüllung von aus Treu und Glauben sich ergebender Nebenverbindlichkeiten.

896) Vgl. WÜLBING, S.50: unentgeltliche Übernahme eines Genossenschaftsamttes durch jeden Genossen in kleinen landwirtschaftlichen Genossenschaften.

897) s.u. II 2. a).

898) EICHLER, S.11; KLINK, S.5; KLOPFER, S.81.

II. Die Rechtsgrundlage des Aufwendungsersatzes

1. Ebenso wenig wie es eine ausdrückliche Rechtsgrundlage der "Treuepflicht" im deutschen Recht gibt, findet sich eine umfassende gesetzliche Regelung des Aufwendungsersatzes bei Treuepflichten⁸⁹⁹.

Mit BAYERL⁹⁰⁰ "gewohnheitsrechtliche Grundsätze"⁹⁰¹ anzunehmen, verbietet sich aus denselben Erwägungen wie zum Rechtsgrund der Treuepflicht⁹⁰²

Wohl kann man in einzelnen Gesetzesbestimmungen Ausprägungen der Treuepflicht sehen, bei denen der Ersatz der Aufwendungen geregelt ist. Beispielhaft ist zu denken an:

- (1) arbeitsrechtliche Vorschriften, die die Bezahlung der Mehrarbeit und Überstunden anordnen⁹⁰³;
- (2) § 304 BGB, wonach der im Annahmeverzug befindliche Gläubiger dem Schuldner die durch die Aufbewahrung und Erhaltung der geschuldeten Sache über den Zeitpunkt der Fälligkeit hinaus entstehenden Mehrkosten zu ersetzen hat⁹⁰⁴);

899) Es sei denn, man erblickt sie in § 242 BGB; hierzu s.u. 3. a).

900) BAYERL, S.50.

901) Wonach dem Genossen auf Vergütung für alle diejenigen Leistungen zustehe, die nach der Verkehrsauffassung nicht unentgeltlich erbracht würden.

902) s.o. 6.Kap. II 3).

903) Im Schweizerischen Recht: Art.336 (2) OR; in Deutschland: zB. 15 AZO und regelmäßig die Tarifverträge; vgl. zB. Manteltarifvertrag für die Angestellten in der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie und der Zentralheizungsindustrie v.26.November 1965: § 4 Nr.1 Abs.2: Mehrarbeit ... ist nach § 5 abzugelten; Nr.1 Abs.3: gelegentliche, nicht täglich wiederkehrende geringfügige Mehrarbeit ist mit dem Monatsgehalt abgegolten; § 5 Nr.1: (Zuschläge für Mehrarbeit); Nr.4: (Pauschalvergütung für Mehrarbeit kann schriftlich vereinbart werden).

904) ZB Futterkosten einer Kuh.

- (3) § 93 Binnenschiffahrtsgesetz⁹⁰⁵, wonach das zur Rettung von Schiff und Ladung von der Besatzung geopfert Gut zu ersetzen ist;
- (4) § 748 in Verbindung mit § 744 Abs.2 BGB, der jeden Teilhaber den anderen Teilhabern gegenüber verpflichtet, die Kosten der Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen und damit auch einen Fall der Notgeschäftsführung regelt⁹⁰⁶.
An umfassenderen Bestimmungen bieten sich die allgemeinen Regelungen des Aufwendungsersatzes in einzelnen Rechtsverhältnissen an, die nach Wortlaut und Sinn auch Pflichtleistungen aus Treue einbegreifen können: So gilt für Dienstleistungen des Dienstpflichtigen und des Handelsgeshilfen nach § 612 BGB⁹⁰⁷ bzw. § 59 HGB mangels einer besonderen vertraglichen Regelung das übliche Entgelt als vereinbart⁹⁰⁸.
- (6) Nach § 693 BGB hat der Hinterleger dem Verwahrer die Aufwendungen zu ersetzen, die dieser zur Verwahrung für erforderlich halten durfte⁹⁰⁹.
Eine entsprechende Regelung findet sich in § 420 Abs.1 HGB für den Lagerhalter.
- (7) Für den Gesellschafter einer oHG oder Kommanditgesellschaft⁹¹⁰ ist an einen Ersatz über § 110 HGB zu denken⁹¹¹.
-
- 905) Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt i.d.F. vom 20.Mai 1898 (RGBl. S.369,868).
- 906) Vgl. das engl. Partnership-Act von 1890, 24 Ziff.7, das dem Partner für die Schadensabwehr ausdrücklich einen Ersatzanspruch für die ihm dabei erwachsenden Auslagen gibt; das gilt selbst für Maßnahmen außerhalb des ordentlichen Geschäftsbetriebs: zitiert bei BENZ, S.150.
- 907) Im Schweizerischen Recht: entsprechen ihm Art.320(2), 336(2) OR: s. RAAFLAUB, S.2 f,3 (für Mehrarbeit).
- 908) SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm.73: für Sonderleistungen, zB. Buchungsarbeiten.
- 909) So will ESSER, Lb § 145.7, Aufwendungen des Verwahrers aus dessen "Interessenwahrnehmungspflicht" nach §§ 691 bis 693 BGB ersetzen.
- 910) Soweit man eine Treuepflicht auch des Kommanditisten bejaht: über § 161 II BGB.

Nach heute herrschender Meinung⁹¹² besteht auf Grund dieser Sonderregelung (gegenüber § 670 BGB) eine Verpflichtung der oHG nicht nur gegenüber dem geschäftsführenden, sondern gegenüber jedem Gesellschafter⁹¹³, der befugterweise in Angelegenheiten der Gesellschaft tätig wird, die dabei entstehenden Aufwendungen⁹¹⁴ zu ersetzen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte.

Bei Aufwendungen aus der Treuepflicht handelt es sich um Aufwendungen zur Förderung der Gesellschaft⁹¹⁵. Die Befugnis des treuepflichtigen Gesellschafters zu diesen Maßnahmen ergibt sich als rechtliches Spiegelbild seiner Verpflichtung, sich auch als nichtgeschäftsführender Gesellschafter an der Geschäftsführung (im weitesten Sinne) zu beteiligen, wenn die Not es erfordert⁹¹⁶.

Daraus, daß eine Verpflichtung zu diesen Aufwendungen besteht, ergeben sich keine Bedenken gegen ihre Erstattungsfähigkeit: Nach § 110 HGB zu ersetzende Aufwendungen kön-

-
- 912) Nach Steindorff, Festschr.f.Dölle I, S.273 ff.(288) soll § 110 HGB auch für das Arbeitsverhältnis die am besten passende Norm sein, da sich dort die Aufwendungen eindeutig zurechnen ließen und eine Beständigkeit der Beziehungen vorliege(S.290:"Dauerverhältnis") im Gegensatz zur BGB-Gesellschaft.
- 913) HUECK, OHG § 15 I (S.153) und § 15 II 2 (S.156) mit weit. Nachw.; SAMMECK, S.18 f.
- 914) Zutreffend, da dieser Unterschied im Wortlaut des § 110 HGB nicht erscheint und sachliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung nicht ersichtlich sind.
- 914) Dabei soll hier die Frage ausgeklammert werden, ob auch Dienstleistungen, immaterielle Schäden, Körperschäden zu vergüten sind; vgl. zur Frage des Verlustersatzes: SAMMECK, S.18 im bürgerlichen Recht für den Gesellschafter und den Beauftragten; vgl. BGH NJW 1960,1568 mit Nachw.der Rechtspr.; HUECK, OHG § 15 II 2 (S.156).
- 915) Nach HUECK, OHG § 15 I (S.153) (ebenso schon SAMMECK, S.25 auch für telegrafische Mitteilungen) trifft das zB zu, wenn ein Gesellschafter zu einer Beschlußfassung eine Reise machen muß oder wenn ihm durch die Mitwirkung bei einer Anmeldung zum Handelsregister Kosten entstehen; - damit faßt er auch einzelne Treuepflichten unter § 110 HGB.

nen auch pflichtgemäße Leistungen sein, die sich als konkrete Folge aus der allgemeinen Geschäftsführungspflicht ergeben⁹¹⁷. Der Gesellschafter kann vollen Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, da er als Teilhaber am Gesellschaftsvermögen schon seinerseits den Ersatz mitträgt⁹¹⁸. Eine andere Frage ist, ob die Gesellschaft Ersatz von dem Gesellschafter verlangen kann⁹¹⁹, für den ein anderer ein-springt und von dem die Aufwendungen vertragsgemäß zu er-bringen wären.

- (8) Für den Geschäftsführer der BGB-Gesellschaft und damit für den ihm gleichzustellenden Treuepflichtigen⁹²⁰ er-gibt sich ein Aufwendungsersatz über § 713 BGB⁹²¹ aus § 67o BGB.
- (9) Nach der Grundvorschrift des § 67o BGB kann der Beauf-tragte die Aufwendungen von seinem Auftraggeber ersetzt verlangen, die er zur Ausführung des Auftrags macht und

916) Siehe § 744 II BGB; BRÜGGEMANN, S.75 f.; KNÖPFEL, S.120; im Schweizerischen Recht: Art.535 (2) OR: der nichtge-schäftsführende Gesellschafter ist als wirklicher Ge-schäftsführer zu behandeln; BGE 34 I 488 ff; BENZ, S.150 f; GLOOR, S.42.

917) SAMMECK, S.25,32; LINZ, S.11; vgl. RGZ 122,298 ff (303): "Aufwendungen sind freiwillige Opfer des Gesellschafters an seinen Vermögenswerten, die er für Rechnung der Ge-sellschaft macht"; abl. LAG Hannover BB 1952,404, das eine Aufwendung i.S. von § 67o BGB verneint; eine "Auf-wendung" setze die Möglichkeit voraus, zu wählen und den Auftrag unterlassen zu können; diese bestehe für eine Krankenschwester, die Patienten rette, während ihre Habe verbrenne, nicht; (mit abl. Anm. DENECKE); zust. dagegen DORN, S.16.

918) RGZ 31,139 ff (141 ff); SAMMECK, S.42.

919) Kürzung des Gewinnanteils: HEINS, NJW 1957,345 mit Nachw.

920) Mit denselben Erwägungen wie bei § 11o HGB; s.unter (7).

921) Vgl. RGZ 151,321 ff (=28) (Vorschuß).

die er den Umständen nach für erforderlich halten darf.

Da Treuepflichten gerade die Ausführung des Auftrages ermöglichen sollen, darf der Beauftragte die entsprechenden Aufwendungen zu ihrer Erfüllung für erforderlich halten, so daß er sie ersetzt verlangen kann.

- (10) Nach § 675 BGB ist § 670 BGB auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, entsprechend anzuwenden, so daß auch hier eine Vorschrift den Aufwendungsersatz bei der Treuepflicht regelt.

In der heute noch streitigen Frage, ob § 675 BGB auf alle Arbeitsverträge anzuwenden ist⁹²² oder ob - wie die weitaus herrschende Meinung annimmt - nur Dienst- oder Werkverträge gemeint sind⁹²³, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, braucht hier nicht Stellung genommen zu werden, da noch zu prüfen sein wird, ob nicht in allen nicht ausdrücklich auf § 670 BGB bezogenen Fällen sowieso diese Vorschrift bei der Treuepflicht entsprechend anzuwenden ist⁹²⁴.

- (11) WEILBAUER und SCHULZE⁹²⁵ wollen eine Vergütungspflicht für einen Sonderfall der Treuepflicht, den Aufwendungen aus

922) Vgl. zum Meinungsstand: ISELE, AuR 1964, 161 ff, der diese Frage bejaht, (S.164 ff, insbes. S.166).

923) Vgl. ISELE, aaO, S.163 f mit Nachw.

924) BAG NJW 1962, 411(413); NJW 1963, 1221; best. in NJW 1967, 414: Aufwendungen des AN im Zusammenhang mit seinen Dienstpflichten für den AG, für die die Arbeitsvergütung nicht bestimmt ist und die er nach dem Arbeitsvertragsinhalt nicht endgültig tragen muß, sind nach zumindest entsprechender Anwendung des § 670 BGB zu ersetzen; nach STAUDINGER-NIPPERDEY-NEUMANN, § 611 Anm.270, soll regelmäßig eine Geschäftsbesorgung vorliegen, falls Aufwendungen gemacht werden; sonst sei jedenfalls § 670 BGB entsprechend anzuwenden; für entsprechende Anwendung auch SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, § 611 Anm.165.

925) WEILBAUER, S.19; SCHULZE, S.67.

sogenannten sekundären Verwahrungspflichten, aus § 354 HGB ableiten.

Aber WEILBAUERS Beispiel (Versicherung von entliehenen Museumsbildern) rechtfertigt keine Erstattung, da der Entleiher ausschließlich im eigenen Interesse tätig wird: er will die Bilder ausstellen; er muß sich die Rückgabemöglichkeit erhalten.

Wegen Üblichkeit, Vorhersehbarkeit und Notwendigkeit einer Versicherung wertvoller Ausstellungsgegenstände wäre außerdem ein solcher Vertrag ergänzend dahin auszulegen, daß den Entleiher eine Versicherungspflicht auf seine Kosten trifft. (Vgl.: § 1045 BGB für die Versicherungspflicht des Nießbrauchers auf seine Kosten)

2. a) Eine vertragliche Regelung des Aufwendungsersatzes ist in all den Fällen anzunehmen, wo den Parteien vorhersehbar war⁹²⁶, daß die Erfüllung von Treuepflichten mit bestimmten Aufwendungen verbunden sein werde. Hier ist davon auszugehen, daß diese durch die Gegenleistung abgegolten sein sollten und daß folglich kein weiterer Ersatzanspruch besteht⁹²⁷.

Schwierigkeiten sind nur bei der Abgrenzung der abgegoltenen von unvorhergesehenen Aufwendungen zu erwarten.

Es geht jedenfalls zu weit, durch die vertragliche Vergütung alle Treuepflichten als abgegolten anzusehen⁹²⁸ oder bei bestimmten Rechtsverhältnissen und Personengruppen grundsätzlich

926) s.o. 8.Kap. III 3).

927) Wie zB die Mehrarbeit eines leitenden Angestellten ohne weiteres: BAG NJW 1967,413 und 1631; SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE § 611 Anm.93; KLINK, S.45; bei einem übertariflich bezahlten Werkmeister einzelne Überstunden und überhaupt Überstunden in beschränktem Umfang: LAG Leipzig ARS 30, 109; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 542; - die gegenseitige Aushilfe bei Krankheit in einer Familien-OHG, da solche Ausfälle vorhersehbar sind. Mit dieser Begründung ist der Rechtsprechung zur Tätigkeitsvergütung des Notgeschäftsführers zuzustimmen (s.o. I 1. b)).

928) SCHULZE, S.22: für die auf Gesetz beruhenden "Nebenleistungen" sei idR eine Vergütung in der Gesamtvergütung inbegriffen; WEILBAUER, S.19: die Verwahrung als - nach § 242 BGB - Teil der Hauptverpflichtung sei mit der Gegenleistung abgegolten.

einen Verzicht auf Aufwendungsersatz anzunehmen⁹²⁹. Ein entsprechender Parteiwille ist regelmäßig schon deswegen nicht anzunehmen, weil der konkrete Umfang und Inhalt aller möglicherweise in einem Rechtsverhältnis zu erfüllenden Treuepflichten von dessen Entwicklung abhängt und daher nicht vorhersehbar und in der Gegenleistung kalkulierbar ist.

Dieselben Bedenken sind auch anzumelden, wenn in den Fällen, wo ein Ersatz für erforderlich gehalten wird, im Einzelfall eine Vergütung als stillschweigend zugesichert angenommen werden soll⁹³⁰. Die Gefahr einer Fiktion zeigt sich besonders deutlich bei der Auffassung RAAFLAUBS⁹³¹. "Billigkeitserwägungen" führten zur Annahme eines stillschweigend vereinbarten Dienstvertrages, der unter anderem den Umfang der Entschädigung für die Mehrarbeit festlegt⁹³².

b) Exkurs: Für das Arbeitsverhältnis stellt sich die besondere Frage, ob die Aufwendungen ganz oder teilweise durch dort gewährte sog. Treueprämien (Gratifikationen, Ehrengaben, Pensionen, Ruhegehälter)⁹³³ abgegolten sind⁹³⁴.

929) SAMMECK, S.30, für Familienmitglieder in der OHG.

930) BGHZ 17,299 ff (301 f); HUECK, OHG § 15 II 1 (S.155); SCHLEGELBERGER-GESZLER, § 110 Anm.4; BAUMBACH-DUDEN, § 110 Anm.1; SAMMECK, S.27 f: für nicht-kaufmännische Dienste.

931) Im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.2 f, 33; ohne Not, da in Art.336 (2) OR eine unserem § 612 BGB entsprechende Vorschrift besteht.

932) RAAFLAUB, S.33.

933) Zur Terminologie und gegenseitigen Abgrenzung: vgl.KLINK, S.63 ff.

934) So spricht KLINK, aaO, S.63, bei ihnen von einer "Entlohnung" der Treue; REISCHACH, S.34, sieht im Pensionsanspruch eine Gegenleistung für die Erfüllung der Treuepflicht des AN; den Rechtscharakter des Ruhegehalts läßt offen: BAG NJW 1965,1681(1682): Versorgung oder Entgelt; im Schweizerischen Recht: RAAFLAUB, S.32, nimmt uU eine Pflicht zu ersatzloser Mehrarbeit bei Sondervergütungen und Gratifikationen für den AN an.

Für zukünftige Aufwendungen stehen einer solchen Annahme wiederum Bedenken aus ihrer fehlenden Vorhersehbarkeit entgegen⁹³⁵. Hier ist in den Treueprämien ein Ansporn zu künftigen besonderen Leistungen zu sehen⁹³⁶, zu einer positiven Haltung gegenüber Arbeitgeber und Betrieb, aus der sorgfältiger gearbeitet wird, ohne Unterschleife und vermeidbaren Ausschuß.

Für die Vergangenheit ist in den Treueprämien zwar regelmäßig keine Schenkung zu sehen, da sich die Parteien nicht über ihre Unentgeltlichkeit einig sind⁹³⁷. Es ist jedoch zu bedenken, daß die Treueprämien im Regelfall einem größeren Personenkreis gewährt werden. Wollte man bis zur Höhe der Zahlungen eine Abgeltung annehmen, so würden die Arbeitnehmer bevorzugt, die keine Aufwendungen erbracht haben. Damit würde der Arbeitgeber gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen, an den er auch bei freiwilligen sozialen Leistungen gebunden ist⁹³⁸. Die Treueprämien sind daher auch für die Vergangenheit nur als allgemeine Anerkennung geleisteter Dienste⁹³⁹ zu werten, durch die gerade nicht bestimmte Leistungen abgegolten werden⁹⁴⁰.

935) s.o. a).

936) KLINK, S.63; u.a. um einen störenden Wechsel der Arbeitskräfte zu verhindern; WEICHNER, S.7.

937) Für die Gratifikation: WEICHNER, S.8; vgl. für eine Schenkung: RGZ 125,380 ff(383).

938) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 392,395 mit Lit.Nachw.; HUECK, Festschr.f.Hedemann, S.312 ff(325); WEICHNER, S.8o.

939) RAG ARS 40,356 ff: für die Weihnachtsgratifikation (nur in "Mischfällen" auch für Überstunden oder Mehrarbeit); BERTERMANN, RdA 1950,10 (für das Pensionsversprechen); NOTTHOFF, S.32 (für die Gratifikation); ebenso: WEICHNER, S.6.

940) RAG ARS 41,32:(Anerkennung und Ansporn): nur im Zweifel ist die Gratifikation eine zusätzliche Vergütung für die Gesamtheit der in der Vergangenheit geleisteten Dienste; GALPERIN, DBetrVerf. 1958,61 ff(64): Zweck jeder Ruhegeldregelung sei die von einer Gegenleistung unabhängige Sicherung der Zeit der Erwerbsunfähigkeit; KLINK, S.63.

c) Wie bei der Suche nach einer Rechtsgrundlage der Treuepflicht⁹⁴¹ könnte man auch bei der Frage nach dem Aufwendungsersatz an eine ergänzende Vertragsauslegung denken⁹⁴².

Wie wir bereits feststellten⁹⁴³, würde dies eine Lücke im Vertrag voraussetzen. An einer solchen fehlt es aber jedenfalls dann, wenn über das Entgelt als solches eine Vereinbarung getroffen wurde. Auch soweit die Parteien von der Stetigkeit der vorhandenen Umstände ausgehen, also davon, daß Aufwendungen aus Treuepflichten nicht erforderlich würden, und deshalb keine "Anpassungsklausel" vereinbarten, liegt keine Lücke vor, da sie sonst einen Vertrag mit anderem Inhalt geschlossen hätten, mit anderem Entgelt⁹⁴⁴.

Daher scheidet auch hier eine ergänzende Vertragsauslegung aus.

3. a) Da die Treuepflicht nur eine Erscheinungsform des Grundsatzes von Treu und Glauben ist⁹⁴⁵, mag es naheliegen, ihm auch die Antwort auf die Frage zu überlassen, ob und wer die bei

941) s.o. 6.Kap. I 2).

942) GANSZMÜLLER, S.31, für die Tätigkeitsvergütung des Notgeschäftsführers.

943) s.o. 6.Kap. I 2).

944) OERTMANN, Geschäftsgrundlage, S.133 f; vgl. auch BGHZ 23, 282 ff: keine ergänzende Vertragsauslegung, wenn durch die allgemeine Veränderung der Verhältnisse sich das eingetretene Ereignis einer Beurteilung nach dem Vertragswillen entzieht (seit 1936).

945) s.o. 6.Kap. IV 4 (5).

ihrer Erfüllung entstehenden Aufwendungen zu ersetzen hat⁹⁴⁶.

Damit er keine unsichere Billigkeitsklausel bleibt, müßte der Grundsatz von Treu und Glauben jedoch auch für diesen Anwendungsfall konkretisiert werden. Diese Notwendigkeit besteht nicht, wenn bereits aus analoger Anwendung einzelner Rechtsvorschriften oder einem Rechtsgedanken eine der Wertung des Gesetzes entsprechende Lösung der Aufwendungsfrage zu gewinnen ist⁹⁴⁷.

b) Exkurs: Auf eine bereits anerkannte Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben könnte man sich berufen, wenn ein Aufwendungsersatz nach den für Fortfall bzw. Änderung der Geschäftsgrundlage entwickelten Regeln zu gewähren wäre⁹⁴⁸.

Als Geschäftsgrundlage käme hier eine beiderseitige Vorstellung der Parteien darüber in Betracht, daß keine oder keine mit Aufwendungen verbundenen Treuepflichten zu erfüllen sein würden, so daß der Umfang der zu erbringenden Leistungen feststehe⁹⁴⁹.

946) ENNECCERUS-LEHMANN, § 164 I (S.693): die Pflicht zum Ersatz von Aufwendungen sei beim Arbeitsvertrag nach § 242 BGB aus diesem abzuleiten; BECHER, NJW 1961,1998 ff(2000): § 242 BGB sei Grundlage und Regulativ der Treuepflicht; WEILBAUER, S.22; vgl. ferner: BGH NJW 1960,1858: Entschädigung von Sonderleistungen des Genossenschafters, die nach der Verkehrsauffassung nicht ohne Entgelt gewährt werden; BAG NJW 1965,1876: für Sonderleistungen des AN; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.115: Ersatz von Körperschäden beim gefährlichen Auftrag nach § 242 BGB; ebenso DENECKE in der Anm. zu LAG Hannover, BB 1952,404; im Schweizerischen Recht: BENZ, S.153: aus der Treuepflicht hätten die Gesellschafter den Mitgesellschafter anteilig von einer übernommenen Verpflichtung zu entlasten; TROXLER, S.73: angemessene Entschädigung des Genossenschafters für das Überlassen von Sachen.

947) s.u. 9.Kap. II 3. c).

948) Auch für das Arbeitsverhältnis ist eine Störung der Geschäftsgrundlage denkbar: vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 562 mit Lit.Nachw.

949) Zum "Leistungsgleichgewicht" als Geschäftsgrundlage: SOERGEL-SIEBERT, 9.Auflage, § 242 Anm.238,275; abl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 220: bei hohen Aufwendungen zur Erfüllung, die nicht dem Sinn des Vertrags entsprechen; nur allgemeine Nichtzumutbarkeit.

Abgesehen von den entgegengesetzten Zielen der Treuepflicht und der Lehre von der Geschäftsgrundlage⁹⁵⁰, ergeben sich durchgreifende Bedenken an der Sachgerechtigkeit eines solchen Lösungsweges. Ein Fortfall oder eine Änderung der Geschäftsgrundlage wurden bisher nur bei einer Störung des Gleichgewichtsverhältnisses der Vertragsleistungen in unerträglicher Weise angenommen⁹⁵¹. Bedenken liegen ferner darin, daß selbst solche Fälle nur zu einer "Ausgleichung"⁹⁵² führen sollen, - als "Zubüße" des nicht unmittelbar betroffenen Vertragsteils⁹⁵³, die keineswegs mit einem vollen Aufwendungsersatz gleichzusetzen sein muß⁹⁵⁴.

Selbst wenn bei mehreren Beteiligten eines Rechtsverhältnisses - etwa einer Gesellschaft - auch bei der Treuepflicht eine entsprechende, anteilige Ausgleichung erforderlich würde, so bliebe dennoch im Ausgangspunkt ein sachlich nicht zu rechtfertigender Unterschied zu den oben behandelten Fällen gesetzlich geregelten Aufwendungsersatzes⁹⁵⁵, die als Grundsatz eine volle Erstattung kennen.

950) s.o. 5.Kap. III.

951) SOERGEL-SIEBERT, 9.Auflage, § 242 Anm.275: falls Aufwendungen die Opfergrenze überschreiten; Anm.239: falls von einer Gegenleistung überhaupt nicht mehr gesprochen werden könne; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 247,253,215,220.

952) Ausgleich zur Anpassung des Vertragsinhalts als positivste und erstrebenswerteste Lösung: BGHZ 9,273 ff(277 ff); STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 425 ff, 381,384: bei Dauerrechtsverhältnissen das geeignetste Mittel; SOERGEL-SIEBERT, 9.Auflage, § 242 Anm. 238: angemessene Erhöhung der Gegenleistung.

953) Bei der Nichtzumutbarkeit sei uU auch ein vollständiger Ausgleich möglich: RGZ 126,13 ff(16); STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 586.

954) Keineswegs könne der Betroffene erwarten, daß sein Nachteil voll ausgeglichen werde, da er schließlich das übliche Risiko zu tragen habe; dem anderen Teil könnten keine höheren Opfer als dem Betroffenen zugemutet werden: STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 411 und B 587 (zur Zumutbarkeit).

955) s.o. 1).

c) aa) Überall wo keine vertragliche oder ausdrückliche gesetzliche Regelung des Aufwendungsersatzes bei Treuepflichten besteht, bietet sich als Lösung die entsprechende Anwendung einzelner Gesetzesbestimmungen oder der Rechtsgedanke aller Vorschriften über den Aufwendungsersatz an⁹⁵⁶. Der zweite Weg ist dabei vorzuziehen, da er als Vorteil bietet, lückenlos alle Fälle zu erfassen und einen sicheren Schluß auf die Wertungen des Gesetzgebers zuzulassen. Die Treuepflicht ist als Teil der Rechtsordnung in deren Sinn auszulegen und zu verstehen⁹⁵⁷. Es gilt auch für sie der allgemeine Grundsatz⁹⁵⁸, daß ergänzend die für ähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften heranzuziehen sind.

In zahlreichen Gesetzesbestimmungen ist die Frage geregelt, wer die Aufwendungen, die zur Erfüllung gemacht sind, tragen soll. Diese Vorschriften greifen ein, wenn ein Vertrag zwischen den Parteien nicht besteht oder wenn von ihnen die Frage des Aufwendungsersatzes nicht geregelt ist – sei es, daß sie es vergessen haben, sei es, daß ihnen die erwarteten Aufwendungen gering erschienen⁹⁵⁹. Auf den ersten Blick mag man sie für kasuistische Vorschriften halten, denen die einheitliche Linie fehlt⁹⁶⁰. Eine genauere Untersuchung zeigt jedoch, daß sich

956) Bereicherungsrecht scheidet aus, da eine Rechtspflicht zum Handeln besteht; außerdem wäre es unbillig, dem fremdnützig Handelnden das Risiko des Fortfalls der Bereicherung aufzubürden.

957) KULL, S.42.

958) vgl. NIPPERDEY, ZAkDR 1938,721 ff(724); § 1 des 1.Entwurfs zum BGB, der als entbehrlich gestrichen wurde; im Schweizerischen Recht: Art. 1 Abs.2 ZGB von 1907.

959) vgl. CLORIUS, S.14.

960) LAUSCHER, S.4.

mehrere Gruppen bilden lassen, die auf denselben Gedanken beruhen.

Die augenfälligste Unterteilung des Gesetzes ist die in Fälle⁹⁶¹, nach denen Aufwendungen "wie von einem Beauftragten" und in solche, wo sie "wie von einem Geschäftsführer ohne Auftrag" ersetzt verlangt werden können.

Grundsätzliche Bedenken, die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag heranzuziehen, bestehen darin, daß sie ausdrücklich ausschließen, daß der Geschäftsführer gegenüber dem Geschäftsherrn zur Wahrung der von ihm verfolgten Interessen berechtigt oder verpflichtet ist⁹⁶². Für den Treuepflichtigen liegt daher eine Gleichstellung mit dem Beauftragten näher, da auch er zum Tätigwerden verpflichtet ist.

bb) Ersatz der Aufwendungen, die von ihnen zur Erfüllung gemacht sind, können in gleicher Weise wie ein Beauftragter (§ 670 BGB) verlangen:

- (1) Der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins für seine Geschäftsführung aus dem Vereinsvermögen, § 27 III BGB (§ 26 II 1 BGB: der Vorstand hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters);
- (2) die Liquidatoren eines rechtsfähigen Vereins aus dem Vermögen des in Liquidation befindlichen Vereins nach § 48 II BGB, der ihnen die rechtliche Stellung des Vorstandes einräumt;
- (3) der Vorstand einer Stiftung aus dem Stiftungsvermögen, § 86 Satz 1 BGB, der § 27 Abs.3 BGB für entsprechend anwendbar erklärt;
- (4) von dem Käufer der Verkäufer, wenn er nach dem Übergange der Gefahr, jedoch vor der Übergabe der verkauften Sache auf diese Verwendungen macht, die nach dem Übergange der Gefahr notwendig geworden sind, § 450 I BGB;
- (5) von dem Dienstberechtigten der Dienstverpflichtete, wenn der Dienstvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, § 675 BGB;

961) Die Einzelaufstellung folgt unter bb).

962) ROTHER, S.83 f; BISINGER, S.19: für die Personalgesellschaft; DORN, S.72,16 f: auch keine "aushilfsweise" Verpflichtung.

- (6) von dem Besteller eines Werkes der Unternehmer, wenn der Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, § 675 BGB;
- (7) die geschäftsführenden Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen, soweit sich nicht aus dem Vertrag ein anderes ergibt, § 713 BGB;
- (8) der Vormund von seinem Mündel, § 1835 I Satz 1 BGB;
- (9) der Gegenvormund von seinem Mündel, § 1835 I Satz 2,1 BGB;
- (10) der Beistand von seinem Mündel, §§ 1691 I, 1835 I Satz 2,1 BGB;
- (11) der Pfleger von der seiner Pflegschaft unterworfenen Person, §§ 1915 I, 1835 I Satz 1 BGB;
- (12) aus dem Nachlaß bei Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs der Erbe wegen solcher Verwendungen, die er von der Annahme der Erbschaft an gemacht hat, § 1978 I und II BGB;
- (13) wenn die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich ist oder wenn aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt wird, der Erbe aus dem Nachlaß wegen solcher Verwendungen, die er nach Annahme der Erbschaft gemacht hat, § 1991 I BGB (Verweis auf §§ 1978, 1979 BGB);
- (14) der Käufer eines Miterbenanteils im Falle der §§ 1978 oder 1991 BGB gemäß § 2036 BGB;
- (15) der Testamentsvollstrecker von dem Erben, § 2218 BGB.

In den folgenden Fällen fehlt ein direkter Hinweis auf die Auftragsbestimmungen. Aus dem Wortlaut der Paragraphen geht aber hervor, daß Ersatz der Aufwendungen in gleicher Weise wie ein Beauftragter beispielsweise auch noch verlangen können:

- (16) Der Mieter von dem Vermieter für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen, § 547 I BGB;
- (17) der Verwahrer von dem Hinterleger, § 693 BGB;
- (18) der Finder von dem Empfangsberechtigten, § 970 BGB;
- (19) die Eltern von dem Kind bei der Sorge für dessen Person oder Vermögen, § 1648 BGB;
- (20) der Vorerbe von dem Nacherben wegen Aufwendungen, die keine gewöhnlichen Erhaltungskosten sind, und die er zum Zwecke der Erhaltung vom Erbschaftsgegenständen den Umständen nach für erforderlich halten durfte, soweit er sie aus seinem eigenen Vermögen bestritten hat, § 2124 II BGB.

Außerdem im HGB:

(21) der Personalgesellschafter von der Gesellschaft für Aufwendungen in Gesellschaftsangelegenheiten, §§ 110, 161 II HGB;

(22) der Lagerhalter vom Einlagerer von für das Gut gemachte Aufwendungen, § 420 I HGB.

cc) Diese Fälle zeigen folgende Übereinstimmungen mit den Bedingungen eines Treueverhältnisses:

- (1) Es bestehen schon vor der Aufwendung rechtliche Beziehungen zwischen den Parteien (regelmäßig vertragliche), die sie zu einer Tätigkeit verpflichten (abgesehen vom Erben);
- (2) die pflichtgemäßen Tätigkeiten sind Anlaß der Aufwendungen;
- (3) die Aufwendungen sind notwendig (§§ 450 I, 547 I BGB) oder durften zumindest für erforderlich gehalten werden (§ 670 BGB: §§ 27 III, 48 II, 86 S.1, 675, 713, 1835 I, 1978 I, 2218 BGB; §§ 693, 970, 1648, 2124 BGB);
- (4) es besteht unter einigen Parteien (Eltern-Kinder; Beistand, Pfleger, Vormund - Mündel; Gesellschafter) eine besonders enge (persönliche) Bindung, die dennoch einen Ersatzanspruch nicht ausschließt.

dd) Der Rechtsgedanke dieser Verweisungen auf § 670 BGB geht dahin, demjenigen, der pflichtgemäß im Interesse eines anderen tätig wird, die Vermögensopfer zu ersetzen, die dem Dritten zugute kommen sollten. Die von § 670 BGB bei seiner unmittelbaren Anwendung vorausgesetzte Unentgeltlichkeit des Handelns⁹⁶³ spielt hierbei keine Rolle.

Da die vorstehend aufgezeigte Interessenlage bei der Treuepflicht gleich ist, können nach diesem Rechtsgedanken in den

963) LARENZ, I, § 52 III (S.260): Grundgedanke des § 670 BGB: wer unentgeltlich Zeit und Arbeitskraft für jemanden einsetze, solle nicht noch besondere Vermögensopfer bringen; ebenso für die Geschäftsführung ohne Auftrag: ROTHER, S.83 f.

sonst nicht geregelten Fällen die Aufwendungen gemäß § 670 BGB ersetzt werden.

III. Der Schuldner des Aufwendungsersatzes

1. Vertragliche⁹⁶⁴ und gesetzliche⁹⁶⁵ Regelungen des Aufwendungsersatzes bei der Erfüllung von Treuepflichten gehen ebenso wie der Rechtsgedanke der Verweisungen auf § 670 BGB⁹⁶⁶ davon aus, daß derjenige die Aufwendungen endgültig zu tragen hat, in dessen Interesse sie erbracht sind⁹⁶⁷. Damit ist zugleich gesagt, daß sie dann nicht zu ersetzen sind, wenn sie der Treuepflichtige ausschließlich im eigenen Interesse erbracht hat.

Erst die eingehende Würdigung jedes Einzelfalles kann ergeben, in wessen Interesse gehandelt wurde. Es können daher auch hier nur die wichtigsten Gesichtspunkte angeführt werden, die bei einer solchen Untersuchung zu berücksichtigen sind. In erster Linie ist maßgebend, ob bestimmte Tätigkeiten oder Risiken ausdrücklich einer Partei zugeteilt sind⁹⁶⁸. Fehlen gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen, so sind der Zweck des

964) s.o. II 2).

965) s.o. II 1).

966) s.o. II 3. c).

967) ZB § 693 BGB: der Hinterleger; § 110 HGB: die Gesellschaft; vgl. RGZ 97,61 ff(67): zum Merkmal "für einen anderen" in § 677 BGB: "die Tätigkeit muß Gegenstand der Sorge des anderen sein, und diese Sorge muß ihm von dem Handelnden durch sein Eintreten abgenommen sein"; LAUFS, NJW 1967,2294 ff (2295).

968) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 352 f: wer durch Vertrag (oder Gesetz) ein Risiko übernehme, habe die Folgen selbst zu tragen, da sie idR in Rechnung gesetzt seien; SOERGEL-SIEBERT, 9. Auflage, § 242 Anm. 229: jedem Vertrag liege eine bestimmte Risikoverteilung zugrunde, für die Erfüllung größere oder geringere Aufwendungen machen zu müssen.

Rechtsverhältnisses oder die Stellung der Parteien festzustellen⁹⁶⁹.

Aus den gesetzlichen Regelungen des Aufwendungsersatzes lassen sich weitere Wertungsfaktoren gewinnen: So hat keinen Ersatzanspruch, wer Aufwendungen erbringt, um eigene Verbindlichkeiten zu erfüllen⁹⁷⁰ oder um sie überhaupt erst zu begründen⁹⁷¹; ebenso der nicht, dem sie einen Vorteil verschaffen oder erhalten sollen⁹⁷². Entsprechend hat derjenige die Aufwendungen zu ersetzen, zu dessen Gunsten sie erbracht sind⁹⁷³, der sie veranlaßt hat⁹⁷⁴, insbesondere, wenn er dies getan hat, um selbst Nutzen daraus zu ziehen⁹⁷⁵.

Kommen die Aufwendungen allen Parteien zugute, so sind sie anteilig zu tragen⁹⁷⁶.

2. Soweit die Aufwendungen durch zufällige Ereignisse nötig wurden, z.B. zur Schadenverhütung, fragt es sich, wem diese Ereignisse zuzurechnen sind. Es sind hierfür dieselben Überlegungen anzustellen, mit denen ein "Rechts- und Gefahrenkreis"

969) SOERGEL-SIEBERT, 9. Auflage, § 242 Anm. 299: für "Risikosphäre und Gefahrtragung"; als bekanntestes Beispiel nennt er die Lehre vom Betriebsrisiko im Arbeitsrecht; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. C 13: nur nach § 242 BGB.

970) §§ 270 I, II; 448 I, II BGB.

971) § 652 II BGB.

972) §§ 1041; 1045; 1047; 1093; 2124; 2379 BGB.

973) §§ 592; 1055 II, 2022; 2130 I, 2185; 2381 I, II BGB.

974) §§ 270 III; 304; 386; 326; 1298 I, II, 1299 BGB; zur schuldhaften Veranlassung durch den Treuepflichtigen: s.u. IV 4).

975) §§ 369; 403; 448 I; 449 I, 633 II, 798; 811 II BGB; das gilt auch, wenn der Treuepflichtige die Kosten sonst hätte selbst tragen müssen: vgl. RAG Recht 1936 Nr. 8134: Reisekosten des vorzeitig aus der Freizeit zurückgerufenen Binnenschiffahrts-Maschinisten; ähnlich RGZ 150, 89 ff: der Besteller, der den Unternehmer zur Beschäftigung von Erwerbslosen verpflichtet, habe bei der Beseitigung der daraus entstehenden Schwierigkeiten zu helfen und uU sogar eine höhere als die vereinbarte Vergütung zu zahlen.

976) §§ 919 I, II; 923; 1038; 2381 BGB; vgl. für die GoA: BGHZ 16, 12 ff(16): wo eine Teilung der Kosten der gemein-

bestimmt wird, der bei der Haftung für Unfallsschäden⁹⁷⁷ (bei der Gefährdungshaftung) und für die Unmöglichkeit⁹⁷⁸ oder Unzumutbarkeit⁹⁷⁹, eine Leistung zu erbringen, maßgebend sein soll. Hier wie dort handelt es sich darum, das "Risiko"⁹⁸⁰ eines Zustandes oder einer Entwicklung zu verteilen⁹⁸¹. Als einzige praktikable Lösung hat SPÄTH⁹⁷⁸ überzeugend begründet, daß jeder die Gefahr für alle Umstände zu tragen hat, die sich auf die von ihm zu erbringende Leistung beziehen.

3. Zusätzliche Schwierigkeiten entstehen, wenn innerhalb eines Gemeinschaftsverhältnisses, z.B. einer oHG, gehandelt wird.

Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden, bei denen im Interesse der Gemeinschaft gehandelt wird: Einmal gibt es keinen "in erster Linie Verpflichteten", z.B. keinen Geschäftsführer, in dessen Aufgabenbereich die betreffende mit Aufwendungen verbundene Handlung fällt; im anderen Falle gibt es einen solchen "Erstverpflichteten". Im ersten Fall sind die Aufwendungen aus

samen Giebelmauer zwischen gestor und dominus nach dem Grad der beteiligten Interessen bejaht wird; zust. DORN, S.12.

- 977) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 357: bei vertraglich nicht übernommenen Risiken habe jeder für seinen Gefahrenkreis
 978) aufzukommen; vgl. die Nachw. für die "Sphärentheorien" bei SPÄTH, S.218 ff(233), der sie als zu unbestimmt ablehnt und selbst darauf abstellt (S.216,218 ff), wessen Erfüllungsanteil von der Störung betroffen wird; S.218 ff: jeder Teil habe die Gefahr für alle Umstände zu tragen, die sich auf die von ihm zu erbringende Leistung beziehen.
 979) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. C 1-262 mit Nachw.
 980) v.WITZLEBEN, S.72: die Frage, wer zufällige Ereignisse zu vertreten hat.
 981) Zu Geschäftsgrundlage und Risikobereich: SOERGEL-SIEBERT, 9.Auflage, § 242 Anm. 229,251.

dem Gemeinschaftsvermögen zu ersetzen und nur, falls es ein solches nicht gibt, anteilig von allen Gemeinschaftsgliedern zu tragen⁹⁸². Im zweiten Fall kann der "Erstverpflichtete" selbst unmittelbar in Anspruch genommen werden. Bei oHG und KG können diese Ausgleich von dem "Erstverpflichteten" fordern, etwa indem sein Gewinnanspruch entsprechend gekürzt wird⁹⁸³. Der Treuepflichtige kann auch hier in beiden Fällen keinen Ersatz verlangen, soweit er eigene Aufgaben wahrnahm⁹⁸⁴.

IV. Weitere Voraussetzungen aus dem Rechtsgedanken der Verweisungsvorschriften

Aus dem Rechtsgedanken der Verweisungsvorschriften könnten weitere vertraglich oder gesetzlich nicht geregelte Fragen des Aufwendungsersatzes zu lösen sein.

1. So fragt es sich, ob als Voraussetzung des Aufwendungsersatzes ein (bekundeter) Wille zu fordern ist, Ersatz zu verlangen.

982) Für die OHG und KG gilt dies auch im zweiten Fall: BGHZ 37,299 ff(301): während des Bestehens der Gesellschaft sind Ansprüche aus § 110 HGB nur gegen die OHG zu richten, um nicht § 707 BGB auszuschalten (Allg.Meinung): Einzige Ausnahme: der Gesellschafter wurde nach § 128 HGB in Anspruch genommen: ENNECCERUS-LEHMANN, Lb § 178 A II 5 (S. 746); HUECK, OHG § 15 III (S.157); SCHLEGELBERGER-GESZLER, § 110 Anm.10; vgl. ferner für § 677 ff BGB: LAUFS, NJW 1967,2294 ff (2296). - Anders noch: LINZ, S.39: wahlweiser sofortiger Zugriff auch auf das Gesellschaftervermögen, da wegen §§ 128, 105 II HGB, § 426 BGB eine gesamtschuldnerische Verpflichtung bestehe; im Schweizerischen Recht: BENZ, S.153: anteilige Entlastung durch die Mitgesellschafter (unmittelbar?).

983) Vgl. für die OHG: BGH VersR 1964,1243; HEINS, NJW 1957, 345.

984) Auch in der Gesellschaftspraxis mit ihrer Aufgabenverteilung ist entgegen der Ansicht BISINGERs, S.44, ein Geschäft in einen "eigenen" und einen "fremden" Teil scheidbar.

Eine Vorschrift, die den Ersatzanspruch ausschließt, falls die Absicht fehlte, Ersatz zu verlangen, findet sich nur in § 685 I BGB für den Geschäftsführer ohne Auftrag. Sie mag dort erforderlich sein, um zu rechtfertigen, daß der Geschäftsführer gegenüber den sonst in Betracht kommenden Bereicherungsansprüchen besser gestellt wird⁹⁸⁵. Abgesehen davon, daß § 685 BGB schon nach seiner Stellung innerhalb der §§ 677 ff BGB nicht für den Fall in §§ 662 ff BGB geregelten Auftrag gilt, wäre es auch sachlich nicht gerechtfertigt, ihn auf die Treuepflicht anzuwenden. Wie beim Auftrag gibt die Pflicht zu einem bestimmten Handeln regelmäßig genau an, welche Verrichtungen dem fremden Interessenkreis zuzurechnen sind. Dies hat zur Folge, daß der Handelnde nur insoweit Ersatz beanspruchen kann. Ein Ersatzwille würde außerdem in vielen Verweisungsfällen typischerweise fehlen, da (subjektiv) zugleich und sogar überwiegend im eigenen Interesse gehandelt wird⁹⁸⁶. Das Gesetz gewährt dennoch einen Ersatz. Selbst wenn man den Wortlaut der §§ 670⁹⁸⁷, 693, 970, 2124 II BGB, wonach die Aufwendungen "zum Zwecke" der Ausführung des Auftrags, der Verwahrung usw. gemacht sein müssen, dahin versteht, daß auch subjektiv für einen anderen gehandelt werden muß⁹⁸⁸, so ist damit noch nicht der Schluß auf ein solches Erfordernis beim Rechtsgedanken der Verweisungsvorschriften zwingend: Es gibt mehrere Regelungen,

985) ESSER, Lb § 183.6 c; nur den "Herrschaftskreis" will selbst für die GoA ROTHER, S.48, maßgebend sein lassen; ebenso LAUFS, NJW 1967,2294 ff (2295).

986) §§ 713 BGB, 110 HGB: die Gesellschafter; §§ 1978, 1991 BGB: der Erbe bis zur Anordnung der Nachlaßverwaltung oder bei Dürftigkeit des Nachlasses; § 547 BGB: der Mieter bei Mängeln der Mietsache; § 1648 BGB: die Eltern bei der Sorge für ihr Kind; § 2124 BGB: der Vorerbe.

987) Auf den §§ 27 III, 48 II, 86, 675, 713, 1835, 1978, 2218 BGB verweisen.

988) ZB DORN, S.20 mit Nachw.

die nur auf Notwendigkeit⁹⁸⁹ und Anlaß⁹⁹⁰ der Aufwendungen abstellen⁹⁹¹.

2. In der Formulierung des Rechtsgedankens, daß die Aufwendungen zu ersetzen sind, die für erforderlich gehalten werden durften⁹⁹², liegt bereits die Aussage, daß ein Erfolg der Aufwendungen nicht Voraussetzung ihres Ersatzes ist⁹⁹³.

Diese Besserstellung des Treuepflichtigen gegenüber dem Bereicherungsrecht ist dadurch zu rechtfertigen, daß er tätig werden muß und daß der Ersatzpflichtige, der das Risiko eines Fehlschlags bei eigener Tätigkeit selbst tragen müßte, dies nicht auf ihn abwälzen soll.

3. Eine weitere Frage geht dahin, ob der Ersatzanspruch voraussetzt, daß der Treuepflichtige den Treuegläubiger soweit möglich benachrichtigt, bevor er Aufwendungen erbringt⁹⁹⁴.

989) § 547 BGB.

990) § 1648 BGB: "bei der Sorge für das Kind"; § 110 HGB: "in Gesellschaftsangelegenheiten"; § 420 I HGB: "für das Gut".

991) Vgl. ferner: LAUSCHER, S.28 ff., der nach eingehender Untersuchung feststellt, daß regelmäßig Bewußtsein und Wille, für einen anderen zu handeln, selbst bei den GoA-Verweisungen der §§ 450 II, 547 II, 601 II, 1049, 1261, 2125 BGB fehlen; da sie tatsächlich kaum nachweisbar seien, habe der Gesetzgeber darauf verzichtet.

992) Siehe den Wortlaut des § 670 BGB.

993) HUECK, OHG § 15 II 1 (S.155); SCHLEGELBERGER-GESZLER, § 110 Anm.7; SAMMECK, S.71; ZÖLLNER, S.320, und BLOMEYER, S.50, 62, 76: der treuepflichtige Gesellschafter der OHG brauche nur nach seinem besten Ermessen und Dafürhalten zu handeln, da auch hier § 708 BGB gelte; FISCHER, NJW 1954,777 ff(778): da typischerweise Ermessens- und Zweckmäßigkeitsfragen zu entscheiden seien, schließe dies im Einzelfall Möglichkeit und Befugnis zu einer objektiv falschen Entscheidung ein; vgl. ferner: BRÜGGEMANN, S.61: der Aufwendungsersatzanspruch des Gesellschafters brauche nicht notwendig von einer Bereicherung des Gesellschaftsvermögens auszugehen; vgl. für die GoA: BGHZ 43,192; DORN, S.26: als "allgemeiner Gedanke" der GoA; LAUFS, NJW 1967, 2294 ff (2295).

994) Eine Pflicht zur Mitteilung der Schwierigkeiten wird etwa bei der Veränderung der Geschäftsgrundlage gefordert:

Im Gesetz findet sich eine Pflicht zur Anzeige für den anderen Vertragspartner wesentlicher Tatsachen, insbesondere solcher, die zu einem Vermögensschaden führen können, in: § 374 II BGB (Hinterlegung mit Kostenpflicht des Gläubigers, § 381 BGB); § 384 II BGB (Versteigerung der nicht hinterlegbaren Sache); § 345 I BGB (Mängel der Mietsache); § 583 BGB (Änderung der wirtschaftlichen Bestimmung des Pachtgrundstücks)" § 665 S.2 BGB (Abweichung von Weisungen des Auftraggebers); § 692 BGB (Änderung der Aufbewahrung der verwahrten Sache); § 1234 I BGB (Androhung des Pfandverkaufs).

Diese Vorschriften drücken den Rechtsgedanken aus, daß derjenige, dessen Interessen durch einen Vertragspartner geschädigt zu werden drohen, von dem Gefährdenden in die Lage versetzt werden soll, den Schaden abzuwenden.

Diese Erwägungen treffen auch für die Treuepflicht zu. Die Beeinträchtigung der Interessen liegt in der drohenden Ersatzpflicht: Durch eine Anzeige würde in vielen Fällen vermieden, daß dem Treuegläubiger dort eine aufwendige Hilfe aufgedrängt wird, wo er selbst mit geringeren Mitteln denselben Erfolg hätte erzielen können. Ebenso wie eine Unterrichtung des in erster Linie Verpflichteten (z.B. des Geschäftsführers einer OHG)⁹⁹⁵ ausreicht, wenn dieser allein die Schwierigkeit beheben kann, so ist umgekehrt der Treuepflichtige auch nur soweit berechtigt, für den anderen zu handeln und Ersatz zu verlangen. Weitere Aufwendungen darf er nicht für erforderlich halten (§ 670 BGB analog).

4. Soweit der Treuepflichtige die Aufwendungen schuldhaft veranlaßt hat, kann er ihren Ersatz nicht verlangen⁹⁹⁶, selbst

vgl. STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 421 mit Nachw.

995) Beispiel von KNÖPFEL, S.120.

996) Vgl. für den Anspruch nach § 110 HGB auf Verlustersatz: SAMMECK, S.36: kein Ersatz, falls sich der Gesellschafter schuldhaft einer Gefahr aussetzte; HUECK, OHG § 15 II 2 (S.156), und SAMMECK, S.35: zulässige Berufung der OHG auf ein Mitverschulden des geschädigten Gesellschafters.

wenn er sie nach der Veranlassung den Umständen nach für erforderlich halten darf, um die selbst geschaffene Schwierigkeit zu beseitigen⁹⁹⁷. Hierin ist nur eine Ausprägung des in zahlreichen anderen Fällen des Zivilrechts anerkannten Grundsatzes zu sehen, daß man sich nicht auf eine selbst schuldhaft gesetzte außerordentliche Schwierigkeit berufen kann⁹⁹⁸. Bei der Abwehr einer dem Ersatzpflichtigen oder in dessen Aufgabenbereich drohenden dringenden Gefahr ist jedoch nach § 680 BGB analog die Schuld auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken.

5. Der Treuepflichtige kann nur Aufwendungen ersetzt verlangen, die er "nach den Umständen für erforderlich halten" durfte (§ 670 BGB). Er hat hierbei das Verhältnis von Aufwand und Objekt und die Art des Rechtsverhältnisses zu beachten⁹⁹⁹. So darf der Käufer z.B. höhere Kosten für erforderlich halten, um eine Exportgenehmigung für den Verkäufer zu erreichen, wenn er weiß, daß es diesem entscheidend auf den Auftrag ankommt.

V. Der Anspruch auf Vorschuß

In den (wenigen) Fällen, in denen hierfür Zeit bleibt, kann der Treuepflichtige nach § 669 BGB¹⁰⁰⁰ (analog) Vorschuß verlangen. Im Gegensatz zum Beauftragten kann er ihn notfalls

- 997) ESSER, Lb § 33.3; erweitert sogar den Umfang der Treuepflicht zu Zusatzleistungen bei "Verantwortlichkeit für die eingetretene Komplikation.
- 998) ZB bei der Nichtzumutbarkeit der Erfüllung: STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. B 245; NIPPERDEY, Vertragstreue, S.25, 28; NIEDNER, S.65 mit weit.Nachw.; bei Änderung und Fehlen der Geschäftsgrundlage: STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. E 467 mit weit.Nachw.; im Schweizerischen Recht: WEBER, H., S.60; - bei Haftung des AG für Schäden des AN: HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I § 48 III 1 (S.408).
- 999) Nach ESSER, Lb § 33.3, soll sich bereits der Umfang der Zusatzleistungen aus Treuepflicht danach bestimmen.
- 1000) So allgemein für den Dienstpflichtigen: HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I, § 47.4 (S.356); SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, § 611 Anm.167; für den Verkaufsfahrer: ISELE, AuR 1964,

verklagen¹⁰⁰¹, da er ein Recht hat, die mit Aufwendungen verbundene Handlung vorzunehmen. Er wird nämlich nicht unentgeltlich tätig, und der Gläubiger kann das Vertragsverhältnis nicht jederzeit frei widerrufen (§ 671 I BGB). Die Verweigerung des Vorschusses kann einen Grund zu fristloser Kündigung, zu einer Schadensersatzforderung bilden¹⁰⁰² oder den Treuepflichtigen berechtigen, das Geschäft zu unterlassen¹⁰⁰³.

VI. Irrtümliche Aufwendungen

Die beiden wichtigsten Irrtumsfälle bei der Treuepflicht bilden die irrtümliche Annahme, es bestehe eine Treuepflicht, die die erbrachten Aufwendungen verlange; und - bei Bestehen einer Treuepflicht - die Leistung von Aufwendungen, die nicht für erforderlich gehalten werden durften. Beide Male kommt ein Ersatz nach den oben¹⁰⁰⁴ entwickelten Grundsätzen nicht in Betracht. Es bleibt nur die Frage, ob diese unbefugte Geschäftsführung als auftraglose Geschäftsführung nach den §§ 677 ff BGB oder als Vertragsverletzung zu behandeln ist¹⁰⁰⁵.

161 ff (168); allgemein für die OHG über §§ 713, 669 BGB; HUECK, OHG § 15 II 1 (S.155); SCHLEGELBERGER-GESZLER, § 110 Anm. 10; SAMMECK, S.43.

- 1001) Für den Dienstpflichtigen: SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, aaO; HUECK in HUECK-NIPPERDEY, aaO; ISELE, aaO; für die OHG: HUECK, OHG aaO (nur für objektiv erforderliche Aufwendungen); SAMMECK, S. 43.
- 1002) SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, aaO.
- 1003) HUECK, OHG, aaO: sofern nicht der Treuegedanke etwas anderes gebiete.
- 1004) s.o. 9.Kap. II 3 c); III 1; IV 5.
- 1005) Vgl. zu dieser Streitfrage bei Überschreiten der Geschäftsführungsbefugnis in der OHG: BISINGER, S.13 ff, mit Darstellung des Streitstandes; S.60: im Ergebnis nur Vertragsverletzung

Für die hier nur interessierende Frage des Aufwendungsersatzes braucht das Problem nicht grundsätzlich entschieden zu werden: In den Fällen, in denen eine Vertragsverletzung anzunehmen wäre, wird die Geschäftsführung auch dem Interesse des Geschäftsherrn und dessen wirklichem oder mutmaßlichem Willen nicht entsprechen, so daß wegen § 683 BGB ein Ersatz ausschiede¹⁰⁰⁶. In allen anderen Fällen treffen Sinn und Zweck der Geschäftsführung ohne Auftrag¹⁰⁰⁷ zu, überall dort, wo fremde Angelegenheiten von einem anderen als dem eigentlich Zuständigen besorgt wurden, nachträglich einen billigen Vermögensausgleich zwischen den Beteiligten herbeizuführen. Parallelen zur Treuepflicht zeigen auch die auf die Geschäftsführung ohne Auftrag verweisenden Vorschriften: Es werden einmal nicht notwendige¹⁰⁰⁸, zum anderen Verwendungen ersetzt, zu denen der Ersatzpflichtige nicht verpflichtet war¹⁰⁰⁹. Die irrtümliche Annahme, zur Geschäftsführung dem Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet zu sein, schließt dabei nach heute allgemeiner Meinung¹⁰¹⁰ nicht aus, §§ 677 ff BGB anzuwenden.

10. Kapitel: Die Nichterfüllung von Treuepflichten

Die Treuepflicht wäre eine tatsächlich unverbindliche Wohlwollensklausel, falls ihre Erfüllung nicht erzwungen werden könnte und falls ihre Nichterfüllung ohne Folgen für den Treuepflichtigen bliebe.

Eine Erfüllungsklage (I) wird häufiger nur in der Form einer Klage auf Unterlassung weiterer Pflichtwidrigkeiten praktisch

1006) Abgesehen von den §§ (684), 812 ff BGB.

1007) Vgl. ESSER, Lb § 51.1 a; ROTHER, S.83 f.

1008) §§ 450 II, 547 II, 581 II BGB.

1009) §§ 1093, 1049, 994 II, 999 BGB.

1010) RGZ 90,211 ff(215 ff); RGZ 98,131 ff(134) (überholt RGZ 92,128); STAUB, S.20 f; DORN, S.20; ROTHER, S.83 f.

werden, da die Anlässe konkreter Treuepflichten regelmäßig nicht vorhersehbar sind¹⁰¹¹. Meist wird sich nur die Frage nach den Folgen der Nichterfüllung (II, III) stellen, da eine Erfüllung nicht mehr möglich oder nicht mehr sinnvoll wäre¹⁰¹².

I. Die Klage auf Erfüllung einzelner Treuepflichten¹⁰¹³

Eine allgemeine Klage auf Erfüllung der Treuepflicht wäre wegen § 253 Abs.2 S.2 ZPO unzulässig¹⁰¹⁴. Es kann daher nur um die Klagbarkeit bestimmter Einzelpflichten gehen.

Während das Reichsgericht¹⁰¹⁵ noch die Zulässigkeit der Unterlassungsklage eines Vereins gegen seine Mitglieder wegen Verletzung ihrer Treuepflichten verneinte und den Ausschluß als einzige Sanktion annahm, wird die Einklagbarkeit heute grundsätzlich bejaht¹⁰¹⁶ und nur für einzelne Fälle ausgeschlossen¹⁰¹⁷. Besonderheiten der Treuepflicht, die gegen diesen Ausgangspunkt sprächen, bestehen nicht.

Diese Auffassung wird nach der Erkenntnis¹⁰¹⁸, daß die Treuepflicht aus Treu und Glauben herzuleiten ist, durch die Unter-

1011) s.o. 4.Kap. VIII 2. c); IX 3); X.

1012) Im Schweizerischen Recht: BENZ, S.158.

1013) Zu trennen von der unproblematischen Einklagbarkeit des Aufwendungsersatzanspruchs.

1014) HUBMANN, S.80.

1015) RG HRR 28,1551: eine "Art Treuepflicht" beim Verein (letztlich dahingestellt).

1016) HUBMANN, S.80: auf Erfüllung der einzelnen "positiven" Verpflichtungen; FEHRENSSEN, S.123; SCHMUTZER, S.67 f; S.89 f: Erfüllungsklage gegen den Mitgesellschafter; KNÖPFEL, S.172: außerdem eine einstweilige Verfügung möglich; SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm.46: beim Handlungsgehilfen: allerdings nur als Unterlassungsklage; teilw.abl. ESSER, Lb § 32.7. b, 8: nur bei zusätzlichen Leistungen: § 28.6; - zust. im Schweizerischen Recht: GUTZWILLER, Komm. III, Rechtsgrdl., Rdnr.84 (S. 70 f); ZIEGLER, S.145 ff: Unterlassungsanspruch.

1017) SCHMUTZER, S.89 f: die Klage der Genossenschafter untereinander, da "Ansehen und Vertrauen der Genossenschaft" gestört würden; siehe ferner Anm. 1016).

1018) s.o. 6.Kap. IV.

suchungen zur Klagbarkeit von Leistungspflichten aus § 242 BGB bestätigt. Für sie hat WEILBAUER¹⁰¹⁹ bereits 1922 erste Untersuchungen angestellt und sie für grundsätzlich klagbar gehalten¹⁰²⁰. LEHMANN¹⁰²¹ unterschied nicht-klagbare unselbständige, "sekundäre" Pflichten aus Treu und Glauben ohne Eigenzweck und klagbare selbständige, ergänzende Nebenpflichten, die bestimmte Nebenzwecke verfolgen und die vollkommene Verwirklichung der Verbindlichkeit sicherstellen sollen.

Für die Klagbarkeit der einzelnen Treuepflicht ist damit zunächst zu prüfen, ob es sich bei ihr um eine Hauptpflicht oder eine Nebenpflicht handelt. Während Hauptpflichten im Hinblick auf den Vertragszweck grundsätzlich mit der Erfüllungsklage durchsetzbar wären, müßten bei Nebenpflichten dann noch nicht klagbare, von dem Anspruch auf die Hauptleistung umfaßte und klagbare Nebenleistungspflichten unterschieden werden. Man denke etwa an die vielfältigen Abstufungen im Arbeitsverhältnis (Prokurist und Fließbandarbeiter, Groß- und Kleinbetrieb usw.).

Es ist streitig, ob die Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistung nach subjektiven - dem Parteiwillen - oder objektiven Gesichtspunkten zu treffen ist¹⁰²². Nach beiden Theorien ist jedoch auf den Einzelfall abzustellen¹⁰²³. Der Streit kann hier unentschieden bleiben. Die Treuepflicht ist wegen

1019) WEILBAUER, Die ergänzenden Leistungspflichten ..., 1922; im Anschluß an ZITELMANN, Festgabe für P. Krüger, S. 263 ff (274).

1020) WEILBAUER, S. 19 ff (23 ff).

1021) ENNECCERUS-LEHMANN, Lb § 4 II 2 (S. 21); ihm folgend: SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm. 109 f; - ESSER, Lb § 44; allg.: § 28.6; SCHMIDT, R., Obliegenheiten, S. 39; zB nicht klagbar: Pflichten aus Vertragsverhandlungen: SOERGEL-SIEBERT, aaO.

1022) Vgl. SCHULZE, S. 2 ff mit Darstellung des Streitstandes.

1023) SCHULZE, aaO; ESSER, Lb § 32.5: je nach Vertragsinhalt Neben- oder Hauptpflicht; ebenso: STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 170; KRÖGER, Nebenl., S. 25: für Treu und Glauben.

der mannigfaltigen Formen, die sie annehmen kann, nicht ein für allemal als Haupt- oder Nebenpflicht festlegbar, sondern hängt gänzlich vom Vertragsinhalt ab. Es ist daher irreführend, die Treuepflicht allgemein oder auch für einzelne Vertragstypen uneingeschränkt als Neben-¹⁰²⁴ oder Hauptpflicht¹⁰²⁵ zu bezeichnen. Dagegen sind die uns interessierenden einzelnen positiven Treuepflichten, weil sie auf eine Leistung gerichtet sind, jedenfalls als Nebenleistungspflichten einzuordnen, die allgemein als einklagbar gelten¹⁰²¹.

II. Die Verpflichtung zum Schadenersatz

Es wird fast allgemein angenommen, daß ein schuldhafter Verstoß gegen die Treuepflicht zum Schadenersatz verpflichte¹⁰²⁶. Dabei wird teilweise überhaupt keine Rechtsgrundlage angegeben¹⁰²⁷; teilweise wird sie im Institut der positiven Forde-

1024) BECHER, NJW 1961, 1998 ff (1999); WÜLBING, S.11 f; ferner: ESSER, Lb § 32.7; aber Lb § 36.5 b: für die Gesellschaft durch § 705 BGB zur Hauptpflicht erhoben; im Arbeitsverhältnis: HAUCK, S.66; v. WITZLEBEN, S.40; KLOPPER, S.80; ausnahmslos für die aus Treu und Glauben entstehenden Pflichten: SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm. 101; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 771; SCHULZE, S.11 f; WEILBAUER, S.22.

1025) Im Arbeitsverhältnis: BAG NJW 1966, 1534 ff (1536); HUECK in HUECK-NIPPERDEY, Lb I § 48 I 1 (S.390); MAUS, HdB V, S.5; MEISSINGER, ArbRB1., 1. FortsB1.; NIKISCH, DAR 1938, 182 ff (183); SIEBERT, NS.-Soz. Pol. 1936, 331 ff (332); STECHER, RdA 1961, 261; NOTTHOFF, S.24; KLINK, S.12; ferner für den Angestellten: SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm. 37; in der Gesellschaft: LEHMANN, GesR S.79; unausgesprochene Hauptpflicht; zust. STAUDINGER-KESZLER, Anm. 35a vor § 705: sie begründe Nebenpflichten; - STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 246, 859; SOERGEL-SCHULTZE-v. LASAULX, § 705 Anm. 67 f; KNÖPFEL, S.36.

1026) Abl. nur WÜLBING, S.11, da im Genossenschafts- und sonstigen korporativen Recht die analoge Anwendung von Vertragsgrundsätzen nur ausnahmsweise gestattet sei.

1027) RGZ 162, 388 ff (395 f); HUECK, OHG § 13 I 4 (S.141); SCHMIDT, R., Obliegenheiten, S.40, 193 f (für § 654 BGB); WOLANY, GmbH, S.106; SCHLEGELBERGER-SCHRÖDER, § 59 Anm. 46; STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 863; im Schweizerischen Recht: ZIEGLER, S.145 ff; RAAFLAUB, S.26; BENZ, S.160.

rungs-(Vertrags-)verletzung¹⁰²⁸, den §§ 320 ff¹⁰²⁹ oder den §§ 282 ff BGB¹⁰³⁰ gesehen.

Die Vielfalt einzelner Treuepflichten führt auch hier dazu, daß keine dieser Auffassungen uneingeschränkt zutrifft. Vielmehr ist für jeden Einzelfall zu prüfen, welche Schadenersatznorm anzuwenden ist. So können etwa die §§ 320 ff BGB in Betracht kommen, wenn die verletzte Treuepflicht als Hauptpflicht¹⁰³¹ zu bewerten ist. Gleiches gilt, wenn die Verletzung einer Treuepflicht zur Unmöglichkeit einer Hauptpflicht führt¹⁰³².

Handelt es sich um eine Nebenpflicht, so kommt eine Lösung über §§ 280 ff BGB¹⁰³³ in Betracht.

III. Sonstige Folgen

Die Bedeutung der einzelnen Treuepflicht und die Schwere des Verstoßes gegen sie können auch allein darüber entscheiden, welche der zahlreichen sonst genannten Folgen sachgerecht sind. Beispielhaft sollen für die Gesellschaft und das Arbeitsverhältnis die Möglichkeiten aufgezeigt werden, die unterschiedlich schweren Verletzungen der Treuepflicht angemessen zu beantworten.

- 1028) ESSER, Lb § 32.6.7b; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Anm.110; f; KNÖPFEL, S.181 ff; FEHRENSSEN, S.111,126 f;
- 1029) SCHMUTZER, S.69,89; unklar: SOERGEL-SIEBERT, aa0: "Teilunmöglichkeit, Teilverzug"; abl.: KNÖPFEL, S.171 ff; im Schweizerischen Recht: ZIEGLER, S.145 ff: Ersatz nach Art.41,97 OR.
- 1030) HAUCK, S.67: da die Treuepflichten nicht synallagmatisch seien.
- 1031) s.o. I a.E.
- 1032) Für § 324 BGB: RGZ 166,134 ff(147) (Verletzung der Mitteilungs-pflicht); ESSER, Lb § 36.5.
- 1033) SCHULZE, S. 33,61: zur Frage, ob § 320 BGB nicht auf synallagmatische Nebenpflichten anzuwenden ist; mit Nachw. zur Rechtsprechung.

Bei der Gesellschaft kommen in Betracht:

Die Unwirksamkeit der Stimmabgabe¹⁰³⁴; die Anfechtbarkeit von Beschlüssen¹⁰³⁵; die Umgestaltung der Geschäftsführungsbefugnis¹⁰³⁶; der Ausschuß von einzelnen Einrichtungen der Genossenschaft¹⁰³⁷; die Kündigung¹⁰³⁸; die Auflösungsklage¹⁰³⁹; der Ausschuß eines Gesellschafters¹⁰⁴⁰; die Ausübung des Übernahmerechts¹⁰⁴¹.

Im Arbeitsverhältnis ist daran zu denken,

daß der Treuegläubiger zu einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt sein kann¹⁰⁴². Einzelne Fälle dieses außerordentlichen Kündigungsrechtes sind gesetzlich geregelt: Nach § 133 c II GewO und § 72 I S.1 HGB (Handlungsgehilfe) kann fristlos gekündigt werden, wenn der Arbeitnehmer im Dienste "untreu" ist oder das "Vertrauen" des Arbeitgebers mißbraucht¹⁰⁴³.

1034) FEHRENSSEN, S.134: des Großaktionärs; im Schweizerischen Recht: BENZ, S.163.

1035) HUECK, OHG § 13 I 4 (S.141); für die Aktiengesellschaft: FEHRENSSEN, S.132.

1036) HUECK, aaO: und der Vertretungsmacht; im Schweizerischen Recht: BENZ, aaO.

1037) WÖLBING, S.97.

1038) Des Anstellungsvertrages des GmbH-Geschäftsführers: BGH JZ 1967,497 f, auch falls Interessen der Gesellschaft nicht beeinträchtigt wurden; im Schweizerischen Recht: BENZ, aaO.

1039) HUECK, aaO: bei schweren Verstößen; im Schweizerischen Recht: BENZ, aaO; nach Art. 736 Nr. 4 OR für die Aktiengesellschaft: FROMER, ZSR 1939,210 ff(228).

1040) BGHZ 9,157 ff(163); HUECK, aaO; KLAUSING, Festschr.f. Schlegelberger, S.405 ff(443) (für den Aktionär); ebenso: FEHRENSSEN, S.135 (nach §§ 140,133 HGB für den Personalgesellschafter); SCHMUTZER, S.87; WÖLBING, S.93; im Schweizerischen Recht: BENZ, aaO; ZIEGLER, S.149 ff.

1041) RGZ 162,388 ff(394).

1042) BAG Betr. 1966,905; LAG Frankfurt NJW 1967,1103; GOERRIG, DGWR 1937,133 ff; REISCHACH, S.35,(135).

1043) Zum Unterschied dieser Untreue vom nach § 266 StGB strafbaren Tatbestand: vgl. KLOPPER, S.46 mit Nachw.

Demgegenüber ist eine Kündigung, die gegen die Treuepflicht verstößt, unwirksam¹⁰⁴⁴.

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers kann sich verringern oder ausgeschlossen werden¹⁰⁴⁵. Gratifikationen¹⁰⁴⁶ und Ruhegeld¹⁰⁴⁷ können fortfallen oder gekürzt werden. Eine solche Folge erscheint besonders einleuchtend, wenn man in der Fürsorgepflicht und diesen Zahlungen wie in der Treuepflicht einen Ausfluß von Treu und Glauben sieht¹⁰⁴⁸: Wer gegen Treu und Glauben verstößt, kann keine Ansprüche aus Treu und Glauben herleiten.

-
- 1044) STECHER, S-42 mit Nachw.: z.B. ein Werkmeister verlegt seinen Wohnsitz von der DDR in die Bundesrepublik; ihm wird nach vier Monaten gekündigt, da man seine Arbeit nicht mehr benötige.
 - 1045) BAG BB 1956,786 ff: keine Weiterzahlung des Arbeitsentgelts an eine grob treuwidrig handelnde werdende Mutter; zustimmend: STECHER, S.73; vgl. auch § 1 II des Ges. vom 2.August 1951 zur Regelung der Lohnfortzahlung an Feiertagen: kein Anspruch bei unentschuldigtem Fehlen am letzten Tage vor oder am ersten Tage nach Feiertagen.
 - 1046) STAUDINGER-WEBER, § 242 Anm. A 674 mit weit.Nachw.; STECHER, S.77; WEICHNER, S.55: Ausschluß, falls der Treueverstoß zur fristlosen Kündigung berechtigen würde.
 - 1047) STAUDINGER-WEBER, aaO; BAG NJW 1968, 1444 ff und 2396 und NJW 1966,1985 ff: Fortfall bei Verstoß gegen vereinbartes Konkurrenzverbot durch hauptberufliche Arbeit; OGHZ 4,227 ff: (vorläufige) Einstellung der Pensionszahlungen bei Konkurrenzstätigkeit des ehemaligen Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft; REISCHACH, S.27,35: Verlust der Anwartschaft auf Ruhegehalt oder bestehender Ruhegehaltsansprüche bei Verletzungen, die zu fristloser Entlassung berechtigen.
 - 1048) s.o. 9.Kap. II 2. b).

S c h l u ß

Gerade die Schlußkapitel zeigen, daß bei der Treuepflicht immer zahlreiche Fragen der Wertung des Einzelfalles überlassen bleiben müssen. Für diese Wertung haben wir jedoch mehrere Grundgedanken und Leitsätze gefunden, die bei der Suche nach einer gerechten Lösung helfen können. Hierbei ist ein hohes Maß an Abstraktion nicht zu vermeiden, da zuviele Beispiele das Grundsätzliche verschleiern und die Gefahr mit sich bringen, unzulässig verallgemeinert zu werden.

Treuepflicht bedeutet die Pflicht zur Beharrung bei einer Willenserklärung.

Anlaß der Forderung nach (gesteigerter) Treue ist eine besondere Unsicherheit, die die bei jedem Rechtsverhältnis vorhandene Ungewißheit übersteigt, ob sich die Beteiligten ihrer Vertragserklärung entsprechend verhalten können und werden.

Diese Ungewißheit entsteht in bestimmten Rechtsverhältnissen, weil nicht in allen Einzelheiten festzulegen ist, was zu einer sinnvollen, dem Parteiwillen entsprechenden Durchführung erforderlich ist und von ihnen geschuldet wird oder weil nicht nachprüfbar ist, ob der einzelne entsprechend handelt.

Umstände, die eine solche (verstärkte) Ungewißheit mit sich bringen, sind die Pflicht, einen Zweck zu fördern, das Abstellen auf die Persönlichkeit des Partners und - bedingt - die Dauer des Verhältnisses (z.B. Gesellschaft, Arbeitsverhältnis).

Rechtsgrundlage der Treuepflicht ist der Grundsatz von Treu und Glauben, soweit sie nicht vertraglich oder - in einzelnen Gesetzesvorschriften - ausdrücklich geregelt ist. Es ist nur eine terminologische Frage, den Begriff "Treuepflicht" auf Fälle einer gesteigerten Unsicherheit zu beschränken, um die besonderen Anforderungen aus Treu und Glauben hervorzuheben. Materielle Unterschiede bestehen nicht.

Die Treuepflicht kann "positiv" zu Leistungen verpflichten.

Die wichtigste und äußerste Grenze der Treuepflichten ist die Förderlichkeit einer Maßnahme für den Vertragszweck. Wie weit dieser Zweck zu fördern ist, ergibt sich aus der Stärke der Verpflichtung, die der Treuepflichtige eingegangen ist ("Zwecknähe"). Indizien hierfür sind die Art des Rechtsverhältnisses und die Stellung des Pflichtigen in ihm ("Aufgabenteilung").

Alle Verpflichtungen finden ihre (immanente) Grenze in der Zumutbarkeit.

Aufwendungen, die bei der Erfüllung von Treuepflichten entstehen, sind aus dem Rechtsgedanken der Verweisungen auf § 670 BGB zu ersetzen, falls sie bei Vertragsschluß nicht vorherzusehen waren und die Beteiligten ungleich belasten.

Es kann auf Erfüllung einzelner Treuepflichten geklagt werden. Die Nichterfüllung verpflichtet zum Schadenersatz und führt zu weiteren, nach der Art des betreffenden Rechtsverhältnisses und der Schwere des Verstoßes unterschiedlichen Folgen (z.B. Kündigung, Verlust des Ruhegehaltes).

Es erscheint nicht förderlich, die Ergebnisse der Untersuchung in einen Gesetzesvorschlag zu kleiden, da auch durch eine entsprechend erweiterte Fassung des § 242 BGB die Vielfalt der Treuepflichten nicht einzufangen wäre.

L e b e n s l a u f

Ich, Günter Freese, wurde am 9. Juli 1938 als Sohn des Drehers Willi Freese und seiner Ehefrau Lina geb. Heuwinkel in Bielefeld geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Von 1945 bis 1949 besuchte ich die Volksschule in Bielefeld, von 1949 bis 1958 den neusprachlichen Zweig des Ratsgymnasiums zu Bielefeld. Hier legte ich am 25. Februar 1958 die Reifeprüfung ab.

Von 1958 bis 1962 studierte ich neun Semester Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Ich war an der Philosophischen Fakultät für moderne Sprachen und Geschichte zweiteingeschrieben.

Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 30. Juni 1962. Von 1962 bis 1968 war ich im juristischen Vorbereitungsdienst und Assistent an den Instituten für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Römisches Recht und Kriminalwissenschaften der Universität Münster.

Die zweite juristische Staatsprüfung legte ich am 2. April 1968 ab.

Anschließend arbeitete ich bis Dezember 1969 als Volontär bei der Interamerikanischen Kommission für Menschenrechte in Washington.

